Justiça Constitucional

Organizadores:

Marcus Firmino Santiago

Liziane Angelotti Meira

Organização

Marcus Firmino Santiago e Liziane Angelotti Meira

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

1ª edição

Autores:

Amanda Micaele Linhares Miná

Beatriz Souza

Virginia Brandão

Carlos Odon Lopes Da Rocha

Déborah Regina Said Silva

Ariane Costa Guimarães

Francisco Valle Brum

Lourenço Paiva Gabina

José Felício Dutra Júnior

Kayo César Araújo da Sílva

João Matheus Vilela Marcondes Rossi

Rômulo de Morais E Oliveira

Vinicius Setubal Maffei

Jaime Meira do Nascimento Junior

Marcus Firmino Santiago

Roberto Arroio Farinazzo Junior

Guilherme Pupe Nóbrega

IDP

Brasília

2014

Uma publicação Editora IDP

Revisão e Editoração: Ana Carolina Figueiró Longo

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Nos dias 26, 27 e 28 de novembro de 2014 foi realizado o XVII Congresso Brasiliense de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, com o tema Constituição de 1988: os próximos 25 anos. Paralelamente ao ciclo de conferências com palestrantes nacionais e estrangeiros, reuniram-se Grupos de Trabalho, organizados pelo IDP em parceria com o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito – CONPEDI.

Os Grupos de Trabalho reuniram pesquisadores de todas as partes do país, aos quais foi aberta a oportunidade de apresentar e discutir o resultado de seus estudos, em um rico intercâmbio de ideias. Contando com participantes de diferentes níveis de formação, estudantes e professores, vários de fora do Distrito Federal, funcionaram como um espaço privilegiado para integração de várias instituições de ensino.

Quinze artigos foram selecionados pelo sistema *blind review* para o GT ‘Justiça Constitucional’, havendo entre eles um claro fio condutor. Em todos está presente a preocupação em debater a insuficiência do Direito para oferecer elementos suficientes para resolver os conflitos, especialmente aqueles que fujam aos casos mais usuais. A discussão de temas como liberdade religiosa, papel do judiciário na efetivação de direitos, racionalidade decisória da justiça constitucional ou aplicabilidade de teorias neoconstitucionais deixou evidente a necessidade de o Direito ser compreendido em conexão com elementos racionais (e por vezes irracionais) extra jurídicos.

Os textos que compõem a coletânea materializam, portanto, discussões acerca das questões teóricas e metodológicas, empíricas e de aplicação do Direito Constitucional brasileiro, voltados para a efetivação dos direitos fundamentais e a discussão acerca do papel e da atuação da justiça constitucional.

Todos os trabalhos têm conteúdo relevante, de caráter inovador, já que descrevem as repercussões mais atuais do Direito e da justiça constitucional. Daí o grande potencial de impacto na área do Direito, visto traduzir uma reflexão de

grandes pensadores desenvolvida em um espaço de destaque no cenário nacional, capaz, portanto, de influir na forma como deve ser compreendido e aplicado o Direito Constitucional.

O GT 'Justiça Constitucional' contou com a presença da professora Doutora Liziane Angelotti Meira, professora e coordenadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, que contribuiu para a avaliação dos trabalhos e aprofundamento dos debates. Esta foi mais uma atividade realizada no âmbito da rede de colaboração na qual estão inseridos os Programas de Mestrado do IDP e da Universidade Católica, contribuindo para o aprofundamento dos vínculos já existentes.

A obra aqui apresentada é fruto, portanto, de um trabalho coletivo que ilustra o compromisso do IDP com a pesquisa jurídica, a preocupação da instituição e de todos os seus membros em fortalecer o debate aberto, participativo e inclusivo acerca das mais relevantes questões que afetam o pensamento jurídico contemporâneo.

A troca de experiências ocorrida durante o GT certamente representou um ganho incontável, importante passo na consolidação do IDP como um espaço para produção de conhecimentos. Fundamental, portanto, agradecer a todos os participantes pelas contribuições que tanto abrilhantaram este momento, tornando possível seu êxito.

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago

Professor do Curso de Mestrado em Direito do IDP

Coordenador do GT

A LIBERDADE RELIGIOSA E SUA REPERCUSSÃO SOBRE O ESTADO BRASILEIRO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: EM BUSCA DA DEMARCAÇÃO DE UM LIMITE

FREEDOM OF RELIGION AND ITS REPERCUSSION ON BRAZILIAN STATE IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988: SEARCHING FOR BOUNDARIES

Amanda Micaele Linhares Miná[1]

DOI 10.11117/9788565604444.01

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo mostrar a liberdade religiosa como direito fundamental e sua delimitação. Para compreender melhor o assunto, inicia-se o trabalho através do estudo da teoria geral dos direitos fundamentais. Primeiramente, analisa-se a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais, as dimensões e as acepções subjetiva e objetiva desses direitos, suas características, a natureza das normas (normas-regra e normas-princípio) e como se relacionam os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Neste trabalho monográfico, realiza-se um estudo acerca da laicidade do Estado Brasileiro na Constituição Federal de 1988, desde seus aspectos históricos, até o Estado de bem-estar e a relação de cooperação entre Estado e religião. Após essa explanação, procura-se conceituar o que é religião e compreender a liberdade religiosa como direito fundamental de primeira dimensão, através da diferença entre liberdade de crença e liberdade de culto, do estudo dos desdobramentos da liberdade religiosa e das personalidades jurídicas religiosas no Brasil. Por fim, procura-se observar o direito principal questão, através da analise de jurisprudências nacionais. Logo, o objetivo do presente trabalho monográfico é demonstrar a necessidade de cooperação entre o Estado e a Igreja para que a liberdade religiosa seja bem concebida e exercida, sob o condão dos limites impostos pelo Estado laico, fator essencial do Estado de Direito.

Palavras-chave: Estado. Laicidade. Liberdade Religiosa.

ABSTRACT

The following paper has the goal of exemplification of the freedom of religion as it fundamental rights and delimitations. In order to better understand the research done, can be said that it was first based by the means of the general theory of the fundamental rights. First of all, the analysis of differences between the human rights and fundamental rights were made, focusing on its dimensions, subjective and objective acceptations, their characteristics, and their nature of norms. Also the relationships of human rights and human dignity were analyzed. In this paper, a study about the laicity of the Brazilian constitution of 1988 is performed, analysing since its historic aspects until the well fare state, and the cooperative relationship between state and religion. In addition, the analysis of the concept of religion, and the comprehension of freedom of religion expression was studied as it first dimension of fundamental rights throughout the difference between freedom of belief and freedom of cult, as well as, the study of the development of freedom of religiosity, and authorities of religion law in Brazil. After all, the main goal of this paper is to demonstrate the necessity of cooperation between the state and the church, so the freedom of religion is well established and executed under the limits of the laic state, an essential factor of the law state.

---

[1] Pós-graduanda em Direito e Relações Internacionais pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR, com enfoque de pesquisa em Direito Internacional dos Diretos Humanos. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2012). Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais - NEI/UNIFOR/FUNAG-MRE.

Key words: State. Laicity. Freedom of religion.

INTRODUÇÃO

O estudo dos direitos fundamentais encontra especial destaque nos séculos XVII e XVIII, quando o homem, envolvido pelos ideais Iluministas, deparou-se com a necessidade de se proteger do poder Estatal. A evolução da sociedade e, consequentemente, as novas necessidades humanas, resultaram em diversas transformações no conteúdo desses direitos.

No que diz respeito ao direito à liberdade religiosa, sua concepção moderna tem íntima referência com a postura adotada pelo Estado frente aos segmentos religiosos. Atualmente, as relações entre Igreja e Estado delineiam-se em três modalidades, quais sejam: união, confusão e separação. Na separação, é impossível vislumbrar-se uma sociedade política a seguir, prestigiar ou subvencionar qualquer facção religiosa. É esta a postura brasileira, o que pode ser inferido, sobretudo, pela leitura do texto do art. 19, inciso I, da nossa Carta Magna. Contudo, não foi sempre desta forma.

A Constituição Federal de 1988 assevera em seu art. 5º, incisos VI a VIII, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção dos locais de culto e suas liturgias. Já a doutrina pátria, em consolidada classificação, enquadra a liberdade religiosa como direito fundamental da primeira geração ou dimensão.

Nesse sentido, pode-se dizer ser a laicização um processo de maturação do Estado, haja vista observar-se que infinitas questões foram superadas, mas vê-se a laicidade brasileira e o princípio da separação Estado-igreja ainda serem atingidos noutros pontos. De igual modo, a liberdade religiosa, sobretudo, no tocante às minorias, é, muitas vezes, violada, seja pelo Estado ou por particulares, em diferentes situações.

A justificativa para este trabalho está em ser o Brasil um país onde é crescente o debate sobre os direitos fundamentais, mormente a sua efetivação, e o sincretismo religioso ser característica inerente a nossa cultura, restando evidente a

importância da pesquisa acerca da liberdade religiosa e sua repercussão na laicidade do Estado, apesar da ainda pouca literatura sobre o tema.

Logo, a fim demarcar limites entre a liberdade religiosa e o Estado laico brasileiro, pesquisa-se e relaciona-se conceitos e ideias concernentes ao direito fundamental em tela, às relações (em maior relevo à separação) entre o poder público e os segmentos religiosos e a maneira como a posição adotada se reflete na legislação pátria, para contribuir na coexistência harmônica entre Estado e religião.

DESENVOLVIMENTO

1 FORMAS DE RELACIONAMENTO ENTRE RELIGIÃO E ESTADO: CONFUSÃO, UNIÃO E SEPARAÇÃO

Dentre as diversas distinções elaboradas pela doutrina para classificar o relacionamento entre poder e religião, conclui-se pela existência de três principais vetores: a confusão, a união e a separação.

Primeiramente, a confusão exclui a dualidade entre poder político e religião, traduzindo-se em uma só instituição composta pelo Estado e pela Igreja, onde, verdade seja, não há um limite entre ambos - a autoridade eclesiástica se confunde com a autoridade estatal e vice-versa (SILVA NETO, 2008, p. 36). Como exemplo deste modelo, Rivero e Moutouh (2006, p. 525) citam as antigas civilizações islâmicas, nas quais a única fonte de todo o direito era o Alcorão. Oportuno se torna dizer que, atualmente, ainda há países que, mantendo a tradição do Islã, conservam o caractere da confusão.

Considerando a dualidade entre a religião e o Estado, isto é, distintos os dois entes, porém, unidos, vê-se aberto um leque de relações entre os dois poderes. Frisa-se, entretanto, a forte possibilidade de ser nebulosa a delimitação da atuação da sociedade política e da confissão religiosa.

Nesse sentido, Rivero e Moutouh (2006, p. 525) observam ser este um modelo propício a conflitos, como ocorrera, ao longo da história, entre as monarquias cristãs e o papado. Os autores seguem problematizando, ao expor que o poder religioso e o

poder estatal “são exercidos por autoridades que, mesmo espirituais, são, porque humanas, acessíveis à vontade de poder. O soberano procura captar, para pô-lo a seu serviço, o poder espiritual, os chefes religiosos procuram sujeitar o poder temporal para fortalecer o domínio que têm sobre a sociedade”.

Jorge Miranda (*apud* WEINGARTNER NETO, 2007, p. 146), ao idealizar esquematização análoga, porém diversa, acerca das relações entre Estado e confissões religiosas, afirma que a união pode se apresentar com autonomia relativa, ou haver preeminência de um dos poderes sobre o outro. Desta forma, quando o poder político revela-se elevado perante o poder religioso, tem-se o regalismo. De outra banda, quando ocorre o inverso, e, o poder religioso tem ascendência sobre o poder político, caracteriza-se o clericalismo.

Ainda no que concerne ao modelo da união, importante assinalar duas situações diversas. Numa delas, o Estado pode priorizar um segmento religioso em detrimento de outros, como aponta Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 35), mencionando a nossa Constituição de 1824. Em sentido contrário, Jean Rivero e Hugues Moutouh (2006, p. 526) acrescentam que o Estado pode conceder seu reconhecimento oficial a diversas religiões - e não a uma única, para quem seria prestada ajuda material, sendo, contudo, exercido certo controle.

Por fim, verifica-se a separação entre o Estado e a religião, cuja origem remonta ao constitucionalismo liberal. Não se pode olvidar, nesse contexto, o inglês John Locke, que recebeu de Noberto Bobbio (2004, p. 32) a alcunha de *campeão dos direitos de liberdade*. Locke escreveu, na segunda metade do século XVII, obra que visava a estabelecer princípios acerca da tolerância religiosa, *A Letter Concerning Toleration*. John Locke (1969, p.3-11) defendeu: “I esteem it above all things necessary to distinguish exactly the business of civil government from that of

religion and settle the just bounds that lie between the one and the other. […] the Church itself is a thing absolutely separate and distinct from the commonwealth”[2].

Como se depreende, o autor entendia que os assuntos do Estado não deveriam ser confundidos com os assuntos religiosos, enquanto a Igreja deveria deter-se às questões espirituais, porque delimitados, claramente e de forma inamovível, os âmbitos de ação de cada um, sob pena de haver controvérsias, no caso de intersecções.

É bem verdade que, conforme asseguram Rivero e Moutouh (2006, p. 526), “o Estado hesitou muito tempo em privar sua autoridade de um alicerce sobrenatural e em deixar inteira autonomia às Igrejas”. Contudo, uma vez realizada essa separação, são identificados diversas formas de relação, especialmente, no que concerne a um maior ou menor grau de cordialidade entre tais entes.

Diante de tal premissa, cabe discutir dois conceitos distintos: *laicidade* e *laicismo*. A laicidade consiste na separação entre o poder público e as congregações religiosas. Não há, no Estado, uma dimensão religiosa. Porém, o poder estatal mantém uma postura de respeito à religião, isto é, as instituições estão apartadas, mas não são inimigas, todavia, demonstrada a impossibilidade de que seja prestigiado ou subvencionado qualquer segmento religioso. De outra parte, no que concerne ao laicismo, constata-se o racionalismo elevado a nível máximo, sendo negada qualquer transcendência, de modo a delinear-se hostilidade para com toda crença sobrenatural e às suas práticas de forma ampla, é, com efeito, uma oposição, um juízo de valor negativo.

2 UM BREVE HISTÓRICO REPASSE HISTÓRICO SOBRE A RELAÇÃO RELIGIÃO E ESTADO NO BRASIL

Os ideais da Revolução Francesa, de grande repercussão no Ocidente, demoraram a chegar ao Brasil. As relações entre a Monarquia Brasileira e a Igreja

---

[2] Eu creio acima de todas as coisas na necessidade de distinguir os assuntos do governo civil daqueles da religião e o estabelecimento dos limites que existem entre um e outro. [...] a Igreja em si mesma é uma coisa absolutamente separada e distinta do bem comum.

Católica eram íntimas, e, somente quando da ruptura institucional ocorrida entre estas, foi modificado o tratamento que dado aos demais segmentos religiosos.

A nova ordem republicana trouxe, finalmente, ao recepcionar o Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, de autoria de Rui Barbosa, a concepção de laicidade ao Estado Brasileiro, isto é, as instituições políticas estavam submetidas apenas à soberania popular e não a uma confissão religiosa. (MAZZUOLI, 2009, p. 32).

A laicidade, passando por processo de maturação, expressa-se hoje em nossa Carta Maior, resultado da criação e do desenvolvimento do Estado, especialmente, na vedação aos entes federados de estabelecimento, subvenção e embaraço de cultos religiosos ou igrejas, bem como de manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, excetuando a colaboração de interesse público, observada a legislação.

Em linhas gerais, diz-se que o período colonial foi momento de absoluto controle da Igreja pela organização político-administrativa do Estado. Nesse sentido, Mariano (*apud* ORO, 2011, p. 225) observa: “[...] o Estado regulou com mão de ferro o campo religioso: [...] concedeu (ao catolicismo) o monopólio religioso, subvencionou-o, reprimiu as crenças e práticas religiosas de índios e escravos negros e impediu a entrada das religiões concorrentes, sobretudo a protestante, e seu livre exercício pelo país”.

No cenário do Brasil-colônia, não se pode olvidar a Companhia de Jesus, fundada em 1534, e seus membros, os jesuítas, instrumentos da Reforma Católica promovida no continente europeu. No território brasileiro, desempenharam papel imprescindível para a afirmação das instituições eclesiásticas, uma vez que empreenderam a catequese de índios, formaram religiosos e educaram colonos. Logo, fortaleciam a Igreja Católica, combatida no Velho Mundo e facilitavam a colonização do país. (SEBE, 1982, p.8-9).

Já no período imperial (1822-1889) caracterizou-se pela subordinação da Igreja Católica à autoridade estatal, especialmente, sob os moldes do Padroado Real, sistema em que a Santa Sé determinava ao Imperador a competência para indicar os

cargos eclesiásticos no país. Em contrapartida, o clero auferia remuneração oriunda dos cofres imperiais. A reforçar esse contexto de domínio do poder político sobre o poder religioso, destaca-se, ainda, o instituto do beneplácito, que consistia na necessidade de autorização do Imperador para a entrada, no Brasil, de qualquer bula ou documento papal.

No que tange à primeira Carta Política da Nação, em 1824, consoante noção cediça, foi estabelecida a fé católica romana como religião oficial, trazendo, inclusive, os nomes de Deus e da Santíssima Trindade no seu pórtico. Não obstante, o texto do art. 5º permitia outras religiões no âmbito doméstico, "sem forma alguma exterior ao Templo", o que significava, indubitavelmente, em avanço no sentido da liberdade religiosa. (MAZUOLLI; SORIANO, 2009, p. 103).

Malgrado a força do catolicismo face a outras religiões e a regulação estatal, mister se faz ressaltar que o Império foi época de muitos conflitos nesta seara. Contribuindo para desavenças relacionadas à Igreja, estava a maçonaria, sociedade secreta ligada ao ideal burguês do Iluminismo, que se difundiu em toda a Europa, e exerceu influência sobre jovens brasileiros que partiam àquele continente para fins de estudo e voltavam ao país impregnados de pensamentos iluministas. Ao chegar a terras brasileiras, a maçonaria adquiriu novos contornos, noticiando-se que vários padres que defendiam a independência do país, pertenciam a lojas maçônicas, além de conselheiros e ministros do Império serem maçons.

Ocorre que, na Europa, o Vaticano, a fim de lutar contra as tendências revolucionárias, em destaque aqui o maçonismo, organizou o ultramontanismo, movimento conservador que repercutiu no Brasil quando o monge capuchinho conhecido como frei D. Vital, tornou-se bispo de Olinda, em 1872, e quis cumprir as ordens papais contrárias à maçonaria, não acatadas, todavia, pelo Imperador Dom Pedro II. Em resposta, o bispo de Olinda cassou o direito dos padres maçons, a maioria dos religiosos daquele lugar. Com o propósito de conciliação, D. Pedro II enviou representante do Império ao Vaticano, mostrando-se, contudo, frustrada a tentativa.

Somente quando da proclamação da República, a Constituição de 1891, oficializou a separação entre a Igreja e o Estado brasileiro. A lei fundamental, que não fazia referência a Deus em seu preâmbulo, proibia, em seu art. 11, inciso II, os Estados e a União "estabelecer, subvencionar e ou embaraçar o exercício de cultos religiosos".

É inegável, porém, que a Igreja Católica mantinha certos privilégios, mesmo porque sua influência refletia-se na sociedade de diversas formas, alcançando a educação, o lazer, a saúde. A exemplo, pode ser mencionada a pressão exercida pelos católicos na Assembleia Constituinte de 1890, que resultou na não aprovação da lei que tencionava esbulhar os bens da Igreja, conhecida como lei da mão-morta. (ORO, 2011, p. 225).

Posteriormente, conforme afirma Ari Pedro Oro (2011, p. 225), no período de 1930 a 1945 por ocasião do governo de Getúlio Vargas e o bom relacionamento que o presidente mantinha com a Igreja Católica, no período de 1930 a 1945, verificou-se avanço do catolicismo e forte repressão de outras religiões, como o espiritismo e, especialmente, as religiões afro-brasileiras.

Promulgada nesse contexto, a Constituição de 1934, trazia de volta a referência a Deus no seu preâmbulo e mantinha a proibição de a União, os Estados e, agora, o Distrito Federal e os Municípios, de estabelecerem, subvencionarem ou embaraçarem o exercício de cultos religiosos. Demais disso, defendia-se inviolável a "liberdade de consciência e de crença garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes", nos termos do art. 113, inciso V, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Era, também, preceituado que as associações religiosas adquiriam personalidade jurídica nos termos da lei civil.

Com dizeres semelhantes, exceto pela ausência de Deus no seu preâmbulo, foi outorgada a Constituição de 1937. Assegurava, ademais, que todos os indivíduos podiam "exercer pública e livremente seu culto, associando-se para esse fim e

adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes". (MAZUOLLI; SORIANO, 2009, p. 104).

Cristalino, portanto, o descumprimento daquilo que determinavam os textos constitucionais de 1934 e 1937, em razão das perseguições policiais, invasões de terreiros e discriminação sofridas por outros cultos, apoiadas, por exemplo, na ideologia do *embranquecimento*. (ORO, 2011, p. 226).

Acerca da Constituição de 1946, interessante discussão foi levantada acerca da inserção do nome de Deus. Segundo José Renato Nalini (*in* MAZUOLLI; SORIANO, 2009, p. 44), enquanto alguns defendiam com veemência, como o deputado Ataliba Nogueira - que declarou ser Deus "o Supremo Princípio" e deveria ser invocado, pois, "só com Deus conseguiremos a ordem que desejamos para o Brasil" – outros, como o deputado Caíres Brito, do Partido Comunista, argumentava que "a Constituição deve ser um campo neutro, onde se encontram todos os homens, sendo certo, ainda, que o preâmbulo é secundário".

Ainda no que tange ao escrito preambular, como parlamentar constituinte, o eminente Gilberto Freire (*apud* MAZZUOLI; SORIANO, 2009, p. 45) apresentou sua opinião fundamentada em aspectos sociológicos e culturais: "De modo que, sociologicamente, ou culturalmente, é natural que a Constituição de um povo como o brasileiro, seja no seu espírito e na sua forma cristã ou católica e não anticristão ou sequer acatólica".

As Constituições de 1967 e de 1969 acrescentariam, em seus textos, a proibição de os entes federativos manterem com os cultos religiosos ou igrejas, ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvando, entretanto, colaboração de interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar. (MAZZUOLI; SORIANO, 2009, p. 105).

Por fim, foi promulgada a Constituição de 1988, ora vigente, cujo art. 19, inciso I, reafirmou, de forma expressa, a separação entre poder público e qualquer segmento religioso. Muito embora sejam aduzidas contradições, como afirma Oro (2011, p. 227), – a exemplo do acordo firmado em 2008, entre a República

Federativa do Brasil e a Santa Sé, que estabeleceu privilégios para a Igreja Católica, como nos dispositivos que tratam da educação, onde continuou a possibilitar a matrícula facultativa em ensino religioso nas escolas públicas - elas devem ser harmonizadas pelos intérpretes da Constituição.

Vê-se, pelo breve histórico delineado, os avanços em direção à liberdade religiosa. Incontestáveis, de outra face, as benesses que a Igreja Católica recebeu ao longo da nossa história, mesmo quando dos períodos onde se visava à afirmação de um Estado Laico.

3 A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA DELIMITAÇÃO

Diante da complexidade do fenômeno religioso, a definição de religião constitui verdadeiro desafio. Trata-se de conceito indeterminado e, mesmo, vago, afinal, dificultoso colocar arestas em realidade humana que, como bem observou Manoel Jorge e Silva Neto (2008, p.27), é absolutamente idiossincrásica, isto é, caracteriza-se por permitir reações individuais singulares face a fatores externos, aqui, de “ordem social, econômico, cultural, antropológico, psíquico”.

A religião pressupõe a afirmação da existência de uma realidade sobrenatural, sob a qual o homem que adere a essa verdade se encontra em relação de dependência. Tal relação é organizada pela religião e implica uma determinada doutrina moral, a ser manifestada através de um conjunto de comportamentos adotados pelo homem, o qual considera a crença superior a qualquer outra coisa. Em decorrência da superioridade creditada ao sobrenatural, as manifestações (a exemplo das preces e sacrifícios), para o homem religioso, são, mais que a expressão de uma opinião, regras que tem origem e sanção fundamentadas em um poder maior que qualquer outro. (RIVERO; MOUTOUH, 2006, p. 523).

A doutrina, no intento de conceituar a religião sob um filtro jurídico, socorre-se frequentemente da abordagem do português Jónatas Machado (*apud* WEINGARTNER NETO, 2007, p. 97) que aponta três vertentes de conceitos: a substancial-objetiva, a funcional-subjetiva e a topológica.

O conceito substancial-objetivo tem forte apelo de senso comum e sua origem remete-se à Suprema Corte norte-americana nas últimas décadas do século XIX, ligada aos *Mormon cases*. Busca uma definição material da religião, baseando-se nos elementos divindade, moralidade e culto, sendo relacionada à instituições supremas, símbolos e ritos.

É o referido conceito alvo de críticas que residem mormente numa questão de competência. Pergunta-se quem é mais apto a defini-lo e elaborá-lo: o legislador ou o juiz? Preocupa-se que, prevalecendo a pré-compreensão dos operadores jurídicos, em verdade, o senso comum, e o peso majoritário das religiões convencionais, desequilibre os resultados práticos e, assim, não estejam protegidas as minorias.

Ante a tais inquietações e riscos, desenvolveu-se um conceito funcional-subjetivo, que se traduz em definição mais ampla, com vistas a abarcar mais formas de crenças que tenham função equivalente àquela das crenças deístas e cuja origem aponta para a Suprema Corte Americana, a partir da década de 60 do século XX. O foco não se encontra mais na natureza objetiva da crença, tendo se desviado para a sinceraridade com a qual a crença é sustentada.

Diagnosticou-se que, embora, desta forma, estejam os tribunais impedidos de fazer averiguações acerca do conteúdo teológico das doutrinas religiosas. De outra banda, uma nova dificuldade surge, uma vez que, judicialmente, analisar-se-á o teor de sinceridade nas convicções, verdadeiro elemento subjetivo. Obtem-se, nessa situação, dois vetores igualmente indesejados e inaceitáveis: o primeiro pode levar a uma inspeção inquisitorial das concivções pessoais, enquanto o segundo poderia definir religião como tudo aquilo que se propusesse a tanto, desvalorizando o fenômeno religioso.

Noticia-se, a título de exemplo, famigerado caso ocorrido nos Estados Unidos em que, mais de 90% dos habitantes de Hardenburgh (NY), em 1970, tornaram-se ministros de culto da *Universal Life Church*, cujo único dogma era *do your own thing* (ou, em tradução nossa, faça o que desejar), utilizaram-se da aparência de

confissão religiosa em busca da obtenção de isenções fiscais. (ADRAGÃO, 2002, p. 16-17).

A par disso e visando ao saneamento de tais pontos problemáticos dos outros conceitos, elaborou-se conceito tipológico, o qual deve atingir nível de generalidade apto a contemplar a maior número possível de manifestações religiosas evitando, contudo, cercas demasiado móveis, sendo, ademais, fundado em pontos de vista o mais próximo possível da imparcialidade, válidos e não confessionais, e não em intervenções jurisdicionalistas.

O conceito considera elementos típicos do fenômeno religioso, nas palavras de Jayme Weingatner Neto (2007, p. 102): “visão global do mundo, apelo a autoridades e conteúdos veritativos de origem e valor extra-racional; consciência subjetiva da existência de um poder sobrenatural ou transcendente etc.”. Tais elementos são acolhidos pela consciência dos indivíduos e resultam em comportamentos condizentes com imperativos éticos e morais.

Equilibrando-se elementos objetivos e subjetivos passíveis de serem atendidos, vê-se possível a proteção jurídica aos indivíduos e confissões religiosas, com o intuito de se conceder sentido útil e eficácia ao direito à liberdade religiosa. Tem-se, também, por excluídas concepções ideológicas, filosóficas, agnósticas, ateias - como humanismo, secularismo, marxismo, materialismo – que podem receber proteção especial de outros direitos fundamentais. (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 102-103).

Ainda em breve investigação no âmbito conceitual da religião, imprescindível assinalar distinção entre *crença*, *culto* e *seita*.

As *crenças* são certezas obtidas por fatos ou razões que não são passíveis de dúvida ou objeção, isto é, de forma absoluta, contamos com elas e adotamo-nas, pensemos nisso ou não. Diferentemente das ideias que são elaboradas, construídas, em razão de falha das nossas crenças. Ambas, entretanto, redundam em guia ético e moral de conduta. (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 104).

Magalhães Collaço (*apud* ADRAGÃO, 2002, p. 406, grifo do autor) afirma ser a religião "um conjunto de *crenças* visando um ser ou poder superior e sobrenatural em relação a quem se sentem dependentes, e com quem aspirariam estabelecer relações, mediante a observância de um conjunto de regras de conduta, ritos e práticas". Os dois últimos elementos, os ritos e práticas, são parte do conteúdo do *culto*.

Acerca da definição de *culto* a doutrina parece não se afinar, divergindo no que tange à sua essencialidade para a religião. Alguns autores advogam que onde há religião, haverá necessariamente culto. Nessa esteira, o português António Leite (*apud* ADRAGÃO, 2002, p. 406) delimita o conceito ao defender que, declarando a superioridade da divindade e a própria submissão, homenagendo- a e prestando a honra devida.

A falta de referência ao culto como elemento fundamental figura, por exemplo, na investigação conceitual realizada por Jónatas Machado (*apud* WEINGARTNER NETO, 2007, p. 106) o qual sustenta que não se deve certificar necessário ou suficiente para determinar a religiosidade da crença. No Brasil, assemelha-se e faz-se determinante o entendimento de Pontes de Miranda (*apud* WEINGARTNER NETO, 2007, p. 104):

> [..]erro evidente, no terreno lógico e no terreno da empiria pensar que religião e culto são uma e a mesma coisa ou postular que é impossível religião sem culto. As cerimônias, que são a parte mais visível so culto, podem existir sem religião. Assim, não somente há religião sem culto, como também culto sem religião.

Por fim, quanto às *seitas*, tem-se, também, conceito indeterminado e não raras são as vezes em que é acompanhado de boa dose de preconceito. Vale dizer que a questão recebeu especial destaque na França, onde os parlamentares, por duas vezes, em 1985 e 1995, promoveram dois grandes inquéritos nacionais acerca do tema, concluindo o segundo, chamado de *Rapport*, pela impossibilidade jurídica de definição do fenômenos das seitas, mesmo porque se tinha presente o risco de que abalizar tal conceito representaria para a liberdade de consciência. (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 109).

Atualmente, aduz a doutrina a irrelevância jurídica de um conceito para as seitas. O termo demanda juízo que está fora do âmbito jurídico, concentrando-se, com efeito, na seara teológica. A expressão, além disso, não é utilizada no Direito brasileiro (a exemplo do Direito português). Finalmente, conforme afirma Sousa e Brito (*apud* ADRAGÃO, 2002, p. 408), "os mesmos factos religiosos ligados ao perigo social de certos grupos ditos 'religiosos' encontram-se também noutros grupos que desenvolvem uma contra-cultura sem caráter religioso."

De resto, percebe-se, em verdade, o intuito de não se ver descaracterizado o fenômeno religioso, que se distingue de tudo aquilo que compõe o plano secular, por isso, gozando de proteção constitucional específica, o que não quer dizer que outras mundividências, não sejam compreendidas por outros dreitos fundamentais.

Para alguns autores, a origem dos direitos estaria relacionada à luta pela liberdade de religião, haja vista que, as minorias religiosas surgidas desejavam tolerância e, além de ter e exercer sua verdadeira fé. Em outras palavras, os grupos minoritários almejavam a proibição do Estado em impor-lhes uma religião oficial.

A clássica tese é encabeçada por Georg Jellinek (1901, p. 61, tradução nossa), na sua obra intitulada de *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Com olhos na classe de direitos que os grupos norte-americanos, especialmente as comunidades protestantes, em busca da independência, pretendiam contrapor ao Estado, o autor averba:

> This sovereign individualism in the religious sphere led to practical consequences of extraordinary importance. From its principles there finally resulted the demand for, and the recognition of, full and unrestricted liberty of conscience, and then the asserting of this liberty to be a right not granted by any earthly power and therefore by no earthly power to be restrained. [...] It was concluded by virtue of the individual's original right and had not only to ensure security and advance the general welfare, but above all to recognize and protect the innate and inalienable rights of conscience.[3]

---

[3] O individualismo soberano na esfera religiosa levou a consequências práticas de importância extraordinária. De seus princípios, resultaram a demanda e o reconhecimento da completa e irrestrita liberdade de consciência, e, então, a afirmativa desta liberdade como um direito que não sendo garantido por qualquer poder terreno, é, portanto, impossível de ser restringido por um poder desta ordem. [...] Esta liberdade foi concluída por virtude do direito original dos indivíduos e teve que não

Depreende-se do excerto que Jellinek advogava ser a origem dos direitos relacionada reconhecimento e à proteção de direitos cujo embrião apontava para a esfera religiosa. Por outro lado, parece correto Canotilho (1993, p. 503) quando afirma, na verdade, tratar-se, no caso, não propriamente da concepção de liberdade de religião, mas, simplesmente, da ideia de tolerância religiosa para credos diferentes.

Antes de mais nada, cabe ressaltar ser frequente os textos constitucionais, a legislação infraconstitucional, as decisões judiciais e a doutrina utilizarem indiscriminadamente a liberdade de crença e a liberdade de culto, aqui entendidas como modalidades de uma acepção mais ampla, a liberdade religiosa, a qual seria um complexo de direitos correlatos à liberdade em razão da religião.

A liberdade de crença inclui a liberdade de escolha da religião, de aderir – ou não - a qualquer doutrina ou comunidade religiosa, de mudar de religião. Engloba, ainda, no dizer de José Afonso da Silva (1999, p. 252), “a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo”.

Nos limites da liberdade de crença, há autores que observam coerente distinção entre liberdade de crença e liberdade de consciência. Milton Ribeiro (2002, p. 37) simplifica: “Seria a primeira um momento prévio da segunda. A liberdade de consciência é a possibilidade de acreditar ou não. A liberdade de crença é a liberdade que gera a possibilidade de escolha daquilo em que se acredita”. Relacionando intimamente as liberdades de crença e de consciência, Jayme Weingartner Neto (2007, p. 114) afirma:

> Assegura-se, pois, no plano jurídico a possibilidade de cada pessoa, conforme os ditames de sua própria consciência, livre de pressão e coação, responsabilizar-se por suas decisões éticas e existenciais. O indivíduo é livre para crer ou não na divindade, no sobrenatural, na transcendência, nas respostas sobre o sentido da vida e da morte – a liberdade, neste aspecto, poderia chamar-se, também, a-religiosa, já que a crença pode exercer-se em qualquer direção e contar, em qualquer caso, com a não confessionalidade do Estado, que deve igual consideração e respeito a todos os cidadãos.

---

apenas asseverar segurança e avançar para um bem estar geral, mas, acima de tudo, reconhecer e proteger os direitos inatos e inalienáveis da consciência.

Embora seja a liberdade de consciência mais ampla, haja vista incluir a liberdade de convicções de índole não religiosa, verifica-se, a envergadura da liberdade de crença (que tem, além do foro individual, dimensão social e institucional), uma vez que as convicções dos indivíduos devem ser amplamente protegidas (mesmo aquelas mais inconvencionais), em razão de ocuparem lugar de destaque na vida de muitos daqueles que creem.

Já a liberdade de culto relaciona-se com a demonstração da fé. Diz-se ser a liberdade de crença na medida em que é exteriorizada. Noticia-se, conforme mencionado neste trabalho, ter a liberdade de culto sido fortemente violada pelo Estado e pela Igreja Católica até o período da República, através de perseguições e restrições impostas, obstando a liberdade de outras crenças. Posteriormente, mesmo quando a liberdade de culto foi expressamente admitida, não raras vezes, sob argumento de garantia da ordem e da moralidade pública, até os meios oficiais investiam sutilmente contra determiandos cultos. (RIBEIRO, 2002, p. 38).

Assim, quando o inciso VI do art. 5º da Constituição Federal asssegura o livre exxercício dos cultos religiosas (além de declarar inviolável a liberdade de crença), constata-se que o legislador entende que a liberdade religiosa demanda, obrigatoriamente, de liberdade de atividade cultural, através, nesse âmbito, de orações, jejuns, leitura de livros sagrados, pregações, manifestações, isto é, comportamentos individuais ou coletivos religiosamente motivados. O culto, por ser elemento fundamental da religião, deve estar imune a quaisquer pressões estatais.

Nesse contexto, cabe, em remate, trazer à baila ponto abordado na doutrina que, cuidadosamente, lembra serem as reuniões e procissões religiosas objeto situado no âmbito de proteção do direito à liberdade de reunião e associação (art. 5º, incisos XVI e XVII da Carta Magna), observadas condições encerradas pelo texto constitucional, isto é, a reunião deve ser pacífica, “sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente”, com “fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

Diante de tal premissa, sendo invocado o direito à liberdade religiosa, somente quando forem impostas restrições supostamente fundamentadas em caráter religioso, e, nas palavras de Weingartner Neto (2007, p. 123), “as notas distintivas substanciais do culto religioso podem justificar a aplicação ao mesmo tempo de um tratamento específico relativamente a outras atividades”. A exemplo, o autor menciona uma situação em que alguém que, sem o consentimento do autor, utiliza obras de caráter religioso durante atos de culto, relacionado o caso às regras de direito autoral.

Por fim, repisa-se que a liberdade religiosa deve ser analisada sob a ótica de um feixe de direitos composto especialmente por duas vertentes: a liberdade de crença e a liberdade de culto, facilitando a compreensão do direito que não poderia deixar de ser complexo, haja vista albergar o fenômeno religioso.

Delineado um conceito tipológico necessariamente alargado de religião e melhor entendidos os direitos que compõem o direito complexo que é a liberdade religiosa, busca-se analisar este direito fundamental em seus diferentes desdobramentos.

Quando obrigada a renunciar a fé, a pessoa humana tem violada diversidade de ideias e diversidade espiritual, em razão disso, a abrangência do preceito constitucional deve ser ampla. Debruçando-se sobre a doutrina, pinça-se valioso conceito inicial desenvolvido por Jorge Miranda (1998, p. 359, grifo do autor):

> A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em um Estado *permitir* ou *propiciar* a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino) em termos razoáveis e consiste, por outro lado (e sem que haja qualquer contradição), em o Estado *não impor* ou não *garantir com as leis* o cumprimento desses deveres.

Albergadas as opções de fé que habitam no *forum internum* do indivíduo e as manifestações que delas se originam, o direito à liberdade religiosa cria em torno do indivíduo uma esfera jurídico-subjetiva que deve ser respeitada pelo poder público e pelas entidades privadas. São tantas as possibilidades e alternativas de comportamento individuais e sociais que existem em decorrênciado fenômeno

religioso que a liberdade tradicionalmente concebida como negativa, pode e deve assumir ares de liberdade positiva. (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 113).

Acerca da titularidade do direito à liberdade religiosa, diz-se que qualquer pessoa humana é titular ativo. Cabe aqui colacionar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, cujo art. XVIII determina que toda pessoa tem direito à liberdade de religião, em seguida, afirmando que tal direito "inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular". Demais disso, em razão de o referido direito fundamental apresentar, em igual maneira, dimensão coletiva, são arrolados como titulares ativos todas as organizações religiosas, isto é, as igrejas, centros espíritas, mesquitas, sinagogas.

No que concerne à titularidade passiva, a liberdade religiosa vincula os poderes Legislativo (elaborando leis que favoreçam o direito), Executivo (alcançada toda a administração pública) e Judiciário (zelando, mormente, através das decisões), que, dentro da sua esfera de competência, devem salvaguardar este direito. Entendido, desta forma, o Estado e suas pessoas jurídicas de direito público. (MAZUOLLI; SORIANO, 2009, p. 177).

Ocorre que, conforme mencionado, a concepção clássica dos direitos humanos hoje enlastecida permite que os direitos fundamentais podem ser, em certa medida, oponíveis não somente contra o Estado, mas de forma *erga omnes*. Indubitável que cada pessoa deve respeitar a liberdade religiosa alheia. Lembra Aldir Guedes Soriano (*in* MAZUOLLI; SORIANO, 2009, p. 177) que o direito em questão pode ser arguido nas relações privadas, destacando as relações trabalhistas.

Em seguida, voltando à distinção referente a regras e princípios já comentada neste trabalho, é de se avaliar a localização da liberdade religiosa. Advertindo-se que, naturalmente, a diferenciação aqui apontada não é expressa no texto constitucional, mas descoberta pelo intérprete ao realizar trabalho de investigação.

As normas constitucionais que não aceitam, de forma alguma, juízo de compatibilização ou ponderação são as normas-regras, cuja aplicação se dá de forma absoluta ou não (sistema do tipo tudo-ou-nada), a exemplo das normas que fixam a competência aos entes federativos brasileiros.

De outra parte, verifica-se o contexto das normas-princípio, as quais devem ser sempre submetidas à juízo de ponderação com outras normas, por possuírem caráter aberto. Tendo em vista que as normas que prescrevem o direito à liberdade religiosa não são normas passíveis de aplicação de modo absoluto, pois, se assim forem consideradas, ofenderão outros direitos, constata-se serem normas-princípio. (SILVA NETO, 2008, p. 100).

Nesse sentido, adentra-se à questão da exigência de otimização dos princípios e as restrições porventura impostas pelos direitos fundamentais restantes e outros interesses igualmente protegidos pela Constituição Federal, uma vez que, cediço é não se encontrar no texto constitucional brasileiro qualquer restrição legal ao direito à liberdade religiosa – coerentemente com o princípio da dignidade da pessoa humana - o que, é patente, não significa que a tal direito não se imponham limites. Acerca da questão, Jayme Weingartner Neto (2007, p. 197) explica:

> Ao desdobrar-se em posições jurídicas que substanciam outros direitos fundamentais, naturalmente a liberdade religiosa vai conformar-se com os limites constitucionais diretos e indiretos que valem genérica e formalmente para as atividades de suporte: liberdade de expressão, de reunião, de manifestação, de associação etc., estabelecidos já de forma ponderada pelo legislador constituinte. Neste conexto, por exemplo, veda-se a utilização da liberdade de reunião e associação religiosas para justificar a 'prossecução de fins violentos' ou contrários à lei penal ou para contrariar a 'aplicabilidade de outras regras constitucionais que condicionem, de alguma forma, o exercício desses direitos'.

Ademais, é de se mencionar que, no que tange aos limites implícitos, sendo devida tarefa de harmonização a fim de compatibilizar-se a liberdade religiosa com outros bens jurídicos – vida, integridade física, saúde, meio ambiente, segurança pública – e com os direitos de terceiros.

Mister finalizar ressaltando o princípio da dignidade da pessoa humana, fim supremo de todo direito, que, por ser fundamento maior do Estado brasileiro, deve

ser considerado em toda e qualquer interpretação. Em relação, mais especificamente, à dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade religiosa, são suscitadas questões por Manoel Jorge Silva Neto (2008, p. 113): “Preserva-se a dignidade da pessoa humana quando Estado a proíbe de exercer sua prórpia fé? Reveste-se de alguma dignidade o procedimento através do qual alguns segmentos religiosos investem contra outros, não descartando até o recurso à violência?”.

É inegável que as necessidades religiosas estão entre as necessidades inviduais (e sociais) mais importantes, posto que fortemente incorporadas ao substrato de ser humano, que sua violação é também maculação da dignidade da pessoa humana (excetuadas da abrangência do comando constitucional do art. 1º, III, as pessoas jurídicas, ou seja, sindicatos, associações empresas, órgãos públicos). (SILVA NETO, 2008, p. 112-114).

Tais considerações serão de suma importância para a observação dos julgados, em momento posterior do trabalho, uma vez que o exercício do direito à liberdade religiosa em seus desdobramentos está ligado à ponderação a ser feita, abalizada nos princípios e no fundamento da dignidade da pessoa humana.

Ao expor a titularidade, mencionou-se que, como os indivíduos, as confissões religiosas podem invocar o direito à liberdade religiosa, convergindo a um direito de liberdade religiosa coletiva, que se traduz, segundo Jónatas Machado (*apud* WEINGARTNER NETO, 2007, p. 137), partindo, naturalmente, da Constituição Portuguesa, em direito à abstenção de qualquer interferência pelo poder público, direito à proteção estatal perante terceiros e “direito à constituição de confissões e comunidades religiosas com plena garantia de ‘liberdade interna antes e independentemente da obtenção da personalidade jurídica’”.

CONCLUSÃO

Como visto, em termos gerais, a identificação entre o poder político e a religião é caractere primordial da Antiguidade. A Igreja era a materialização de Deus e ao Estado não cabia nenhuma oposição, sob pena de perda da sua legitimidade. Desta forma, patente ter sido lento e repleto de lutas o processo pelo qual a sociedade se

afastou do controle da Igreja, passando, obrigatoriamente, pela Revolução Francesa e pelo constitucionalismo liberal, onde a Igreja Católica foi fortemente desafiada.

Tangente aos novos ideais que se refletiram nos contornos políticos, culturais e econômicos da sociedade, ressalta-se a busca pelo respeito da pessoa humana, o que demandava a tolerância religiosa, uma vez intensamente presente o fenômeno religioso na vida dos indivíduos. Nesse contexto, mister o reconhecimento do direito à liberdade religiosa e do princípio da separação Igreja-Estado, aquele, feito, primeiramente, em solo norte-americano. No continente europeu, conforme afirmado, foram encontrados maiores entraves e, ainda hoje, o sistema concordatário continua a suportar críticas. No Brasil, essas transformações demoraram a ter repercussão.

Ao comparar as nossas leis fundamentais ao longo dos tempos, constatou-se que, a cada uma, progredia o processo de laicização - embora tenha-se presente as pressões da igreja sobre assuntos da esfera pública. Hoje, é o princípio da separação verdadeiro fator construtivo do Estado Constitucional.

Demonstrou-se, nessa esteira, diferença essencial para este trabalho, estabelecida entre os conceitos de laicidade e laicismo. A laicidade denota respeito ao fator religioso, em que pese estarem separadas as instituições religiosas do ente estatal. O laicismo é oposição à qualquer transcendência, sendo-lhes hostil. Sob os moldes do Estado de Direito, repisa-se: impossível que o fator religioso, constituinte ontológico do homem, seja negado. Deseja-se, logo, a laicidade, o que implica na cooperação mútua entre o segmento religioso e o poder público.

É na cooperação onde são equacionadas as questões que surgem na sociedade. Com tal escopo, a Lei Magna, em diferentes âmbitos (mesmo porque a religião se manifesta de diversas formas), atentou para a acomodação do fenômeno religioso, o que, observados os limites e as limitações desses, não viola o caráter laico do Estado, uma vez ser vedado professar uma doutrina, conferir tratamento diferenciado, em benefício ou prejuízo, de qualquer crença e, de alguma forma,

emitir juízo de valor quanto às doutrinas existentes. Assim, não se inclui, nesse contexto, a indiferença.

Dando continuidade ao estudo, evidenciou-se a necessidade de um conceito jurídico de religião, cuja construção foi propositadamente cautelosa para que seja possível dar aos indivíduos e congregações religiosas a proteção indispensável, dificultando, por outro lado, que seja oportunizado a quem, de má-fé, tencionar se utilizar da referida proteção sem que nela possa se albergar. Prudente se faz, desta forma, que os poderes, com especial destaque ao Poder Judiciário, se faça vigilante das balizas desse conceito.

A liberdade religiosa, traduz-se, com efeito, em príncipio implícito, por não haver dispositivo que, expressamente, a estabeleça. É direito complexo, tendo, de forma expressa, a liberdade de crença e de religião encontrado guarida na Constituição Federal. Acerca do direito em comento, constatou-se ser de primeira dimensão, todavia exija, como mandado de otimização atitudes positivas para que se atinja os graus mais altos de concretização, ideia esta incompatível com o conceito de regra.

Finalmente, esta pesquisa buscou mostrar que os conflitos atinentes à questão do Estado laico e do direito fundamental à liberdade religiosa são bastante presentes na sociedade, cujo desejo deve ser a busca de um ponto de equilíbrio - o qual só pode ser alcançado com o conhecimento dos direitos fundamentais – capaz de garantir o pluralismo, elemento caracterizador de nosso país.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Paulo Pulido. **A Liberdade Religiosa e o Estado.** Coimbra: Almedina, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** 10.ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

JELLINEK, Georg**. The Declaration of the rights of man and of citizens**. A contribution to modern constitucional history. New York: Henry holt and Company, 1901.

JORGE, M; NETO, S. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOCKE, John. **A Letter Concerning Toleration.** Translated by William Popple. 1689. Disponível em: <http://www.constitution.org/jl/tolerati.htm>. Acesso em: 02 jan. 2010.

ORO, Ari Pedro. **A Laicidade no Brasil e no Ocidente.** Algumas Considerações. Civitas, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 221-137, maio/ago 2011. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/9646/6618> . Acesso em: 20 jan. 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A Inconstitucionalidade das Concordatas no Brasil. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília, DF, ano XIII, n. 305, 30 set. 2009, p. 32-33.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo 4. Direitos Fundamentais. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

NALINI, José Renato. Liberdade religiosa na experiência brasileira. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa**: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.33-52. (Coleção Fórum de Direitos Fundamentais; 4). ISBN 978-85-7700-229-0.

RIBEIRO, Milton. **Liberdade religiosa:** uma proposta para debate. São Paulo: *Mackenzie,* 2001.

RIVERO, J; MOUTOUTH; H. **Liberdades Públicas.** Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SILVA; José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 16.ed. São Paulo: Frase, 1999.

SORIANO, Aldir Guedes. Direito à liberdade religiosa sob a perspectiva da democracia liberal. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). **Direito à Liberdade Religiosa**: desafios e perspectivas para o século XXI. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 163-209. (Coleção Fórum de Direitos Fundamentais; 4). ISBN 978-85-7700-229-0.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa na Constituição:** fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL APLICADA: UMA ANÁLISE DA RACIONALIDADE NAS DECISÕES DA CORTE CONSTITUCIONAL A PARTIR DAS TEORIAS DA DECISÃO

APPLIED CONSTITUTIONAL JUSTICE: AN ANALYSIS OF RATIONALITY IN CONSTITUTIONAL COURT´S DECISIONS ON THE BASIS OF DECISION THEORIES

Beatriz Souza [4]

Virginia Brandão[5]

Resumo: Através da análise de acórdãos do Supremo Tribunal Federal que abordam, em alguma medida, a autodeterminação, será verificado o discurso moral desprovido de racionalidade, em desacordo com a moral monológica teorizada por Kant. O estudo se baseará nos julgamentos sobre a pesquisa com células tronco, aborto do anencéfalo e a união homoafetiva, além do discurso que envolve a questão do reconhecimento do direito ao aborto. Para tanto, primeiramente será realizado um breve estudo sobre a teoria de Kant e as novas teorias da moral de cunho biológico. Após, serão analisadas as ideias da corrente progressista e conservadora das Cortes Constitucionais. Ao final, tais teorias serão confrontadas para trazer a luz os reais fundamentos morais das decisões mais relevantes do STF, órgão executor da Justiça Constitucional.
Palavras-chaves: discurso moral, racionalidade, justiça constitucional.

Abstract: Through analysis of few judgments of the Supreme Court that discuss self-determination, a moral speech devoid of rationality shall be verified in disagreement

---

[4] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, julho de 2009. Pós graduada em Direito Público pela Faculdade Milton Campos, dezembro de 2010. Mestranda na área de Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora extensionista do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas, julho 2004.
[5] Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, dezembro de 2012. Mestranda na área de Direito Público da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisadora extensionista do Núcleo Jurídico de Políticas Públicas, julho 2009.

with the monological moral theorized by Kant. The study will address to the stem cell research, abortion of anencephalic, homo-affective union, and the whole issue of recognizing the woman´s right to abortion. To do so, first a brief study on the theory of Kant and the new theories of moral biological imprint will be held. Subsequently, we analyze the ideas of progressive and conservative power of the Constitutional Courts. At the end, those theories will be confronted, in order to unearth the real moral arguments of the most relevant decisions of STF, the part of State whose propose is to execute the Constitutional Justice.

Keywords: moral speech, rationality, constitutional justice.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe fazer uma análise sobre a racionalidade no discurso moral do Supremo Tribunal Federal, através do confronto entre a perspectiva da moral monológica proposta por Kant e as novas teorias biológicas sobre o julgamento moral.

No intuito de complementar o estudo sobre a teoria da decisão, será apresentada a perspectiva conservadora e progressista das decisões preferidas pelas cortes constitucionais, com posterior análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que envolva questões moralmente relevantes.

Na busca de compreender as bases das teorias da decisão, verifica-se que a moral se apresenta como um de seus elementos centrais. Assim, para estudar as questões que permeiam a discussão sobre a legalização do aborto, essencial se faz, primeiramente, uma análise sobre o papel da moral.

Dessa forma, o primeiro capítulo visa contrapor a teoria clássica proposta por Kant, na qual a moral deve se pautar no imperativo categórico, ou seja, atividade exclusiva da razão, com as novas teorias sobre o julgamento moral que demonstram que a moral não é constituída somente pela razão.

No segundo capítulo serão levantados questionamentos sobre até que ponto a nova visão sobre a moral influencia as teorias da decisão e o próprio direito. Afinal, quais são as consequências de se admitir que existam fatores desconhecidos

capazes de afetar o julgamento de assuntos polêmicos, como a legalização do aborto, pelo judiciário?

Posteriormente, será apresentada uma análise sobre as teorias progressista e conservadora adotadas pelas cortes constitucionais nos julgamentos de questões que envolvam os direitos fundamentais como o da autodeterminação.

No último capítulo, será feita uma análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito da autodeterminação, além da própria questão que envolve a legalização do aborto, com o propósito de verificar, a partir de casos concretos, como são fundamentadas as decisões dessa Corte Constitucional, órgão executor da Justiça Constitucional.

Ao final, será apresentada conclusão demonstrando que os argumentos morais do STF são, muitas vezes, desprovidos de uma racionalidade kantiana, o que traz à baila uma nova percepção da Justiça Constitucional aplicada.

2. MORALIDADE: ENTRE A RAZÃO E A EMOÇÃO

2.1 A razão e a moral em Kant

Para abordar a questão moral que permeia o discurso no judiciário, deve-se primeiramente fazer um resgate da teoria desenvolvida por Kant, sobre a razão e a moral.

Com o nascimento da filosofia da consciência, ocasionada pela separação radical entre o homem e a natureza, o objeto de estudo passa ser o próprio processo cognitivo do homem. Os estudos filosóficos se dividiram nas vertentes idealistas, tendo como principal autor Descartes e empiristas, tendo como principal autor Hume.

É nesse contexto que Kant começa a desenvolver as suas teorias sobre a razão humana. Em seu primeiro livro “Crítica a Razão Pura” o autor estuda, de forma minuciosa como se dá o processo de conhecimento da razão humana, separando o conhecimento puro, apriorístico, do conhecimento sensível, a posteriori.

Já em seu livro “Crítica a Razão Prática”, Kant vai além, no intuíto de demonstrar que a razão humana não é só cognitiva, ou seja, capaz de conhecer,

mas tem também a capacidade de determinar a vontade e consequentemente a ação moral.

> Com o uso prático da razão ocorre coisa bem diversa. Nele vemos ocupar-se a razão com fundamentos da determinação da vontade, que resulta em faculdade de produzir objetos que correspondam as representações ou, pelo menos, determinantes a si próprios na realização de tais objetos, seja ou não suficiente para isso a faculdade física, isto é, a de determinar a sua causalidade. (KANT, 1959, p.35)

É esse ponto do estudo do autor que nos interessa para a discussão acerca da influência da moral e do julgamento moral na legalização do aborto.

A razão prática “pode determinar por si mesma a vontade, independentemente de todo elemento empírico” (KANT, 1959, p.88). Para isso, pressinde da formulação de regras gerais que determinam a vontade, a tais regras foi dado o nome de principios práticos.

Os princípios podem ser divididos em máximas e imperativos. As máximas são princípios de validade restrita a aqueles que as propõem. Já os imperativos são princípios válidos para todos.

A moral em Kant se dá através dos imperativos que “são regras que expressam a necessidade objetiva da ação, o que significa que se a razão determinasse completamente a vontade, a ação ocorreria inevitavelmente segundo tal regra” (REALE; ANTISERI, 2005, p.903).

Os imperativos podem ser hipotéticos ou categóricos. Os imperativos hipotéticos são vontades condicionadas, para se alcançar um fim deve-se cumprir a condição. Pelo fato de estar submetido ao cumprimento de uma condição é que são chamados de hipotéticos, sendo universal para todos aqueles que se propuseram a aquele fim.

Os imperativos categóricos determinam a vontade pura e simples, sem estar condicionada. Segundo Kant, são leis práticas e consequentemente morais que são válidas de forma incondicional para o ser racional. O imperativo categórico é objetivo e universal.

> “O imperativo categórico é um princípio que ordena a ação em si mesma, independente de um objetivo determinado, mas simplesmente como

> vontade. Não é extraído da experiência, sendo por conseguinte, a priori. É racional e deve ser compreendido como um juízo prático sintético a priori. Tais imperativos são leis práticas, leis morais, e que, portanto, valem incondicionalmente para o ser racional, pois não são determinadas em função de um objeto ou de um fim específico, de modo que se deve ater a essa forma capaz de lhe promover a universalização." (CRUZ, 2011, p.62)

Os imperativos categóricos são as leis morais que todo ser racional possui e que devem determinar a ação do indivíduo. Todavia, a moral pode ser desviada pelas inclinações sensíveis, ou seja, fatores externos que não são intrínsecos a razão do indivíduo e que podem desvirtuar a sua conduta. Nesse caso, a conduta não será moralmente válida, uma vez que a mesma não poderá ser estendida para todos os seres racionais.

A lei moral não pode possuir um conteúdo material, uma vez que essa subordinação a submeteria a um conteúdo empírico, ou seja, extrínseco à razão. Por isso, "a essência do imperativo categórico consiste precisamente em sua validade em virtude de sua forma de lei, isto é por sua racionalidade" (REALE, ANTISERI, 2005, p.905)

A moral para Kant está ligada a motivação do indivíduo que irá refletir consequentemente em sua ação. Por isso, a sua preocupação com a forma e não com o conteúdo da ação, uma vez que basta que a forma como a razão se expresse esteja moralmente válida para que seu conteúdo também esteja. Citada motivação não deve ser subjetiva, mas sim objetiva, uma vez que o imperativo categórico é universal.

Assim, a fórmula do imperativo categórico de Kant determina "Age de modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre, ao mesmo tempo, como princípio de legislação universal". (KANT, 1959, p 65)

Como a ação moral para Kant determina que o indivíduo haja de forma pura, ou seja, a priori de qualquer interferência ou influência externa, a liberdade do ser se torna elemento central e essencial, uma vez que somente os indivíduos livres podem cumprir o dever pelo dever.

A ação moral em Kant é intrínseca ao indivíduo, assim, não basta que este aja de acordo com a lei. Para ser moral a ação deve se pautar somente na razão sem se mediar pelos sentimentos ou emoção. Para o autor, quando as emoções

conduzem a ação esta deixa de ser moralmente válida. Somente as ações que são realizadas de forma pura, ou seja, racionais é que são morais.

O julgamento moral em Kant é, dessa forma, uma ação totalmente racional, qualquer influência externa, e nela se inclui as emoções e sentimentos, descaracteriza a ação.

Sob o prisma kantiano o julgamento sobre a legalização do aborto, por exemplo, somente seria moral se fosse uma atividade eminentemente racional. Assim, os julgadores deveriam se valer do imperativo categórico para decidir sobre a possibilidade de se interromper ou não a gestação. Toda a construção do raciocínio a ser desenvolvido deve se pautar na razão, afastando qualquer interferência irracional (emoções, sentimentos, experiências).

Mas será o julgador capaz de se desvencilhar por completo de sua irracionalidade na formulação do julgamento moral? Será possível afastar os sentimentos e emoções no momento da formulação do juízo?

2.2 As novas vertentes da moralidade: desafios postos pelo intuicionismo

A ideia de que a lei e o julgamento moral são atividades exclusivamente da razão guiou a filosofia durante muitos anos, se pautando, em sua grande maioria, na teoria proposta por Kant.

Todavia, em estudos recentes realizados por filósofos e profissionais ligados a área das ciencias biológicas, sobre a influência da racionalidade na formulação de uma lei ou julgamento moral, foram encontrados resultados diferentes do imaginado.

A definição sobre o que é moralidade nunca foi um consenso entre os filósofos, apesar de haver inúmeros trabalhos nesse sentido. E foi justamente na busca de se entender a forma como é construída a moralidade, que novos estudos vêm rompendo as ideias tradicionais.

Afinal, será realmente a razão que comanda o julgamento moral? De acordo com estudos recentes a resposta para essa pergunta é não.

No artigo Moral Judgment (2006), dos autores Jennifer Nado, Daniel Kelly e Stephen Stich, é feito um apanhado dessas recentes teorias sobre a moralidade.

De acordo com citado artigo, pelos estudos realizados pelo psicólogo Jonathan Haidt, a razão apenas serve como justificativa para um julgamento que já foi realizado intuitivamente. Para o autor, após a percepção do evento, aparecem rapidamente as intuições morais, que são por ele classificadas como sentimentos. É geralmente após esse processo que o julgamento termina. A razão aparece posteriormente, justificando o sentimento que ocasionou o julgamento. Explica também, que há casos em que a razão pode se sobrepor as intuições morais.

Haidt busca provar a sua teoria através de pesquisas realizadas em que pessoas são questionadas sobre dilemas morais em diferentes situações. Como um dos exemplos do estudo realizado para comprovar sua teoria, Haidt indagou a um grande número de pessoas, o que eles achavam do comportamento de dois irmãos, que durante uma viagem de cruzeiro, se viram sozinhos em uma ilha e resolveram ter relação sexual, por uma única vez, sem que ninguém soubesse. Destacou ainda que não havia chance da mulher engravidar.

Segundo o autor, a maioria das pessoas questionadas respondeu de forma instantânea que a conduta era moralmente errada, apresentado, contudo, justificativas inválidas para o caso, como um possível risco de gravidez, a recriminação social que eles poderiam sofrer.

Nessa mesma linha, destaca o artigo (NADO, KELLY, STICH) os estudos coordenados por Greenee outros pesquisadores, no qual o cérebro humano foi mapeado para verificar quais áreas são afetadas quando as pessoas são apresentadas a dilemas morais.

Em citada pesquisa os dilemas morais foram separados em pessoais e impessoais. No dilema impessoal, foi questionado se deve se puxar uma chave para mudar o curso do trem que, seguindo seu trilho, iria matar 5 (cinco) pessoas, para um outro trilho que só irá matar 1 (uma) pessoa. A esse tipo de dilema foi dado o nome de “trolley problem”. Já o dilema pessoal, chamado de “footbridge problem”, ao invés de se mudar o curso do trem, deve-se decidir por empurrar um homem gordo no trilho do trem que está descontrolado para se deixar de matar 5 (cinco) pessoas que estão no trilho.

De acordo com o mapeamento do cérebro realizado através do uso do aparelho fMRI scans, verificou-se que diferentes áreas do cérebro são ativadas ao

se decidir sobre os dilemas pessoais e os dilemas impessoais. As áreas cerebrais responsáveis pela emoção são mais ativadas nos dilemas pessoais do que nos impessoais.

Como resultado desse estudo realizado Greene e seus colegas concluem que nos dilemas impessoais a razão atua para a formulação do julgamento e nos dilemas pessoais, via de regra, a emoção é que atua na formulação do julgamento.

Outro estudo destacado no artigo "Moral Judgment" é o de Marc Hauser que entende que o julgamento moral não pode ser produzido de forma exclusiva pela razão. Citado autor compara o processo de julgamento com o processo de linguagem.

Assim como no processo da linguagem, em que seu aprendizado é intuitivo e inconsciente, se dá o julgamento moral. Nesse sentido, Hauser também se aproxima da teoria da justiça de Rawls, em que valores morais são previamente estabelecidos por uma sociedade.

Contrariando as ideias apresentadas por Haidt e Greene, Hauser entende que o julgamento moral é intuitivo, contudo, nega que ele seja dominado exclusivamente pela emoção. Distancia-se também da visão kantiana, pois entende que o julgamento moral não é inteiramente orientado pela razão humana.

Para Hauser, não existe um julgamento moral que é feito somente pela emoção. Antes que esta domine, complexas analises são realizadas sobre a relevância do evento, as consequências, intenções e participantes envolvidos.

Hauser defende que um complexo processo cognitivo acontece quando realizamos um julgamento moral. Pela sua velocidade, conclui-se que este processo se dá de forma inconsciente, do mesmo modo como construímos as frases.

Por fim, destacam Nado, Kelly, Stich (2006) que Hauser não consegue demonstrar se a emoção atua ou não na construção do julgamento moral.

Assim, pode-se perceber pelas teorias apresentadas no artigo "Moral Judgment" que a moral, ao contrário do posto por Kant, não é constituída exclusivamente pela razão.

Enquanto para Kant a moralidade somente existia enquanto produto de uma razão prática que deveria se desvencilhar de influências externas como emoções e sentimentos, as novas teorias sobre a moral, que contam com recursos da medicina,

entendem que a moral pode ser constituída, de forma instintiva e intuitiva, por questões emocionais.

A reflexão sobre essas questões é de extrema relevância para a teoria da decisão, principalmente quando são analisados assuntos polêmicos como a legalização do aborto, união homoafetiva, utilização de células tronco. Afinal, admitir que no processo de decisão o convencimento se forma de maneira intuitiva, pode por em cheque os pilares tradicionais do Direito baseados na racionalidade pura.

3. IDEOLOGIAS JURÍDICAS CONTEMPORÂNEAS NA TEORIA DA DECISÃO: FALSA NEUTRALIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Discutida a moral na perspectiva Kantiana e biológica, passa-se ao estudo com maior foco nas ideologias jurídicas contemporâneas que cercam a teoria da decisão, no que diz respeito à formação do convencimento dos juízes.

No que tange a tomada de decisões consideradas mais relevantes para a sociedade, as polêmicas surgem em assuntos que, normalmente, tem uma carga moral expressiva, ou seja, aqueles que tratam dos dilemas que foram classificados no capítulo anterior como pessoal ou impessoal. São assuntos intruncados, delicados, muito controversos, e que acabam recaindo ao judiciário.

Por razões intrínsecas ao sistema parlamentarista, como a politicagem de angariação de votos para o partido, o Poder Legislativo possui uma característica indecibilidade em torno dessas questões difíceis, que, por serem estopim de conflitos sociais, acabam sendo demandadas ao Poder Judiciário, ao qual, de maneira geral, não é dado negar-se a proferir uma decisão. Algumas vezes, o judiciário adota papel contramajoritário, defendendo o direito das minorias não representadas politicamente. Outras vezes, adota uma postura de retração, conservando a moral social dominante.

De todo modo, o que se depreende disso é que as decisões judiciais já não possuem o estigma da neutralidade ou imparcialidade política. A interpretação da constitucional liberal, que idealizava um juiz ‘bouche de loi’ cedeu espaço para novas correntes ideológicas da teoria da decisão, tratadas aqui como as correntes conservadora e progressista.

Cada uma delas tem variadas ramificações, mas esse trabalho se restringe a apresentar as vertentes centrais, sendo pertinente salientar que ambas consideram ilusório o julgamento neutro, ou seja, a sentença ou acórdão de uma Corte Constitucional é necessariamente política.

O debate, antes centralizado na neutralidade da decisão judicial, encaminhará para os méritos e vícios das várias formas de poder e autoridade social e como isso afeta o judiciário, executivo e legislativo. (WEST, 1990).

Diante disso, indaga-se: Quais políticas os juízes deveriam seguir e em qual concepção do que é o 'bem' eles deveriam basear suas decisões? E ainda, a interpretação constitucional deve ser usada como veiculo de preservação da ordem social privada, protegendo o *status quo* e a segurança jurídica ou deve facilitar contínuos desafios para a ordem dominante? (WEST, 1990).

Neste ponto, cabe ressaltar a grande influência do modelo de constitucionalismo norte americano no mundo, em especial, a irradiação do próprio fenômeno da constitucionalização do Direito. Por isso, é interessante abordar como as teorias acima mencionadas se relacionam na doutrina jurídica estadunidense, trazendo reflexos para o plano doméstico. Nas palavras do ministro Luiz Roberto Barroso:

> O modelo constitucional americano, nos úúltimos cinquenta anos, irradiou-se pelo mundo e tornou-se vitorioso em países da Europa, da América Latina, da Ásia e da África. Nada obstante, no plano doméstico, nunca foi tão intensamente questionado. Osataques vêm da direita, com sua agenda conservadora, que defende – mas nem sempre pratica– a autocontenção judicial; e da esquerda, com sua crítica à supremacia judicial e sua defesa do constitucionalismo popular. (BARROSO, 2014, p. 2).

3.1 Corrente progressista

Segundo WEST (1990), fundada na idéia de resitência à autoridade e ao poder social, a corrente progressista vêa Constituição como um texto aberto à interpretação, e um mecanismo para desafiar o grupo social empoderado, produto da hierarquia social do poder, e os padrões de opressão e dominação.

Dessa forma, os atores estatais devem basear suas ações nos ideais dos desempoderados, pois a referencia de 'bem' está nas experiências e nas aspirações

dos cidadãos oprimidos pela moral da maioria. Objetiva-se um espaço político no qual os indivíduos são livres para se expressar e fazer suas próprias escolhas.

O autor americano segue explicando que a interpretação progressista da lei é voltada para desestruturar o sistema social hierárquico de dominação. Não há uma moral ideal a ser atingida pela lei, mas uma seria de escolhas concretas em um dado momento, pois que ela aspira as idéias e sonhos de uma vida boa.

A igualdade progressista significa se livrar da cultura opressiva e das conseqüências danosas da dominação hierárquica de um grupo social, e corrigir a distribuição ruim do poder social por meio de ações afirmativas do Estado e da sociedade. Trata-se da igualdade substantiva.

Nesse diapasão, o ativismo, como forma de garantir direitos às minorías, é inevitável na decisão judicial e independe do clamor moral predominante na sociedade.

No caso do aborto, WEST (1990) aponta que o entendimento de que a mulher deve fazer escolhas sempre voltadas para a família e maternidade não é produto biológico, natural ou cultural, mas advém da coerção, violência sexual e controle masculino da sociedade hierarquizada. A lei antiabortiva, dessa forma, tiraria da mulher a oportunidade de escolher livremente qual moral ela quer seguir.

Neste ponto, vale citar um dos casos mais emblemáticos e polêmicos decididos pela Corte Constitucional Norte Americana, o caso Roe vs. Wade (1973). Luiz Roberto BARROSO (2014) adverte que, embora a Corte nesse período tenha sido um marco inicial de uma duradoura tendência conservadora em muitos domínios, a autocontenção não foi uma de suas características. Na verdade, sua atuação não comporta uma análise homogenia. Com efeito, a decisão que afirmou a existência de um direito constitucional da mulher ao aborto, invalidando a maior parte das leis estaduais que o proibiam tem forte cunho progressista.

O caso consistiu no seguinte: o Estado de Texas previa leis que criminalizavam o aborto, salvo por aconselhamento médico para salvar a vida da mãe. A americana Norma McCorvey, conhecida pelo pseudômino ‘Jane Roe’, alegou que sua gravidez era fruto de um estupro sendo seu direito constitucional abortar o feto. Do outro lado da lide, estava Henry Wade, na posição de *district attorney*, defendendo as leis texanas. O caso chegou à Suprema Corte que decidiu a favor de

Roe por 7 (sete) votos a 2 (dois), sob o principal fundamento de que o direito de escolha pelo aborto é um direito de privacidade, decorrente da cláusula do devido processo legal abrigada na Emenda 14.

A decisão que vinculou todos os Estados do país firmou que no primeiro trimestre, o aborto não traz graves riscos de vida para a mulher, sendo completamente livre. No segundo trimestre, o aborto poderia ser regulado, mas não proibido. E no terceiro trimestre, diante do estágio avançado de desenvolvimento do feto e consequente perigo de vida para a mãe, o Estado poderá proibir o aborto, desde que mantenha regra de exceção quanto à proteção à vida e saúde da mãe.

Para BARROSO (2014, p. 29), “Roe poderia ser requalificado como um caso envolvendo igualdade de gênero, na medida em que é a mulher quem sofre as principais conseqüências da gestação indesejada. Trata-se de inestimável conquista para liberdade das mulheres.”

Como se notará adiante, as diferenças entre as correntes progressistas e conservadoras se revelam nas atitudes políticas em torno do poder social. Os progressistas, na medida em que acreditam na mudança da opressão hierárquica, criticam a ideologia conservadora na qual, segundo eles, o Estado acaba reforçando a ideia de apenas um grupo social e, portanto, reproduzindo injustiças.

3.2 Corrente Conservadora

A corrente conservadora vê a Constituição como um meio para preservar e proteger o poder da autoridade legítima (privada ou social) contra a invasão de outro grupo social minoritário. O papel das entidades estatais é, portanto, preservar as estruturas sociais.

A idéia conservadora de ‘bem’ sempre se fundamenta na estrutura dominante e, no que tange o aspecto moral da ação estatal, esta deve ser formulada a partir da moralidade que predomina na vida comunitária, que é considerada sábia, ou seja, respeita-se a tradição moral social, seja ela secular ou religiosa. (WEST, 1990).

Robert WEST (1990) segue esclarecendo que, ao ser incorporado pela Corte Constitucional, o conservadorismo influencia na interpretação legal realizada

pelos magistrados, que buscam traduzir as crenças tradicionais da comunidade, aderindo, por exemplo, a repulsa ao homossexualismo e ao aborto.

Quanto à Constituição, a interpretação conservadora adota também um viés originalista que busca a evidente sabedoria dos pais fundadores. Trata-se de uma postura de restrição judicial, em que até o Poder Judiciário tem necessidade de obedienciaà autoridade social legítima.

Um claro exemplo dessa atuação é o caso Bowers vs. Hardwick (1986), cuja decisão final se fundamenta na idéia de que a lei que reflete a moral convencional é constitucional. A autoridade de dizer o que é 'bem' recai na comunidade e não na individualidade.

O Estado da Georgia previa legislação que criminalizava a prática homossexual de sodomia, ainda que realizada em ambiente privados. O cidadão Michael Hardwick foi pego nesse ato, por um oficial que entrou em sua casa, munido com um mandado de prisão relativo ao não aparecimento de Hardwick em uma audiência por infração de menor importancia.

Fato é que o questionamento de constitucionalidade da referida lei subiu à Suprema Corte que, por cinco votos a quatro, decidiu desfavoravelmente a Hardwick[6]. A opinião majoritária trouxe argumentos de tradição cristã, alegando que o sexo homossexual é um crime contra a natureza.

Assim, com aversão à autoridade normativa redistributiva, as entidades estatais conservadoras se comprometem com a conservação das estruturas sociais, econômicas e legais existentes.

4. JUSTIÇA CONSTITUCIONAL APLICADA: DECISÕES JUDICIAIS COMO DECISÕES MORAIS INTUICIONISTAS

As explanações sobre ideologias e doutrinas a propósito da teoria da decisão, demonstram em que medida considera-se que as decisões judiciais são decisões morais. Neste ponto, faz-se necessário confrontá-las em análises

---

[6]Desessete anos depois, em 2003, a Suprema Corte Norte Amerciana se retratou, julgando esse tipo de lei inconstitucional, baseando-se no direito à privacidade.

concretas de alguns julgados polêmicos do STF, com o intuito de estudar os argumentos morais que norteiam as decisões da Corte Constitucional Brasileira, isto é, se dotados da racionalidade Kantiana ou do intuicionismo desvendado pelas teorias biológicas, ou, ainda, se voltados para uma moral social progressista ou conservadora.

Por primeiro, passa-se a análise do julgamento da ADPF 54/2012, quando o STF foi acionado para se posicionar sobre a possibilidade jurídica de interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Apenas dez ministros participaram do julgamento, sendo que sete deles acompanharam o relator favoravelmente à interrupção.

No que tange a questão da moral social, o Ministro Relator Marco Aurélio resume sobre o foco principal da decisão:

> Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivencia. (BRASIL, 2012).

Ocorre que um dos argumentos chave para a formação da decisão foi justamente a autodeterminação da mulher, refletida nos interesses de uma sociedade que deseja proteger seus cidadãos.

Segundo o Relator, diante do grande sofrimento imputado à mulher obrigada a prosseguir na gestão do anencéfalo às mulheres deve ser assegurado o direito de

> <u>viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças</u>. Está em jogo o <u>direito da mulher de autodeterminar-se</u>, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. <u>Hão de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que prefiram interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento</u>. Grifo nosso. (BRASIL, 2012).

Interessante, ainda, colacionar trechos do voto da Ministra Rosa Weber, que demonstram o caminho que a Ministra percorreu para construir seu convencimento:

> O tema é de uma delicadeza ímpar. E o é porque <u>perpassa pelas nossas convicções e crenças - ou descrenças - mais profundas, e nos remete de alguma forma à questão básica existencial que nos angustia e acompanha</u>

> neste voo no tempo que somos desde que nascemos (Menotti del Picchia), efêmeros e precários, poeira das estrelas, na imagem do físico e astrônomo brasileiro Marcelo Gleiser. Grifo nosso. (BRASIL, 2012).

> Pretendia fazer um resumo oral do meu voto escrito, que é longo, mas fiquei tão sensibilizada com a visita que recebi ontem, em meu gabinete nesta Casa, da Vitória de Cristo, levada por seus pais, e ao que parece acometida de acrania, que peço vênia a V. Exas. para proceder a sua leitura, de modo a deixar bem claro o caminho que percorri para formar a minha convicção, à luz do ordenamento positivo, tendo como farol e norte a nossa Constituição. Grifo nosso. (BRASIL, 2012).

> A alegria e a realização das mulheres com filhos anencéfalos, relatadas nas audiências públicas e nos memoriais, provêm, por certo, das suas escolhas morais e da garantia de que a percepção de cada uma delas sobre a própria vida e visão de mundo seriam respeitadas, da certeza de que não seriam impedidas de gestar seus filhos com todo amor e de levar a termo suas gestações. Não está em jogo o direito do feto, e sim o da gestante, de determinar suas próprias escolhas e seu próprio universo valorativo. E é isto que se discute nesta ação: o direito de escolha da mulher sobre a sua própria forma de vida. Em outras palavras, esta ADPF muito mais do que da liberdade da mulher (o que já seria muitíssimo valioso), diz com a densidade concreta a se dar à concepção jurídica de liberdade, sob o manto da Constituição-cidadã de 1988. Grifo nosso. (BRASIL, 2012).

A partir da leitura dos trechos acima transcritos pode-se observar que nesse julgamento, a fundamentação se dá a partir de uma moral constituida por questões afetivas e emocionais. O aspecto pessoal do sofrimento da mulher tem peso e relevancia ao se decidir sobre a possibilidade do aborto do anencéfalo.

Ademais, esclarecido o embate entre correntes conservacionistas e progressistas que envolve o assunto, verifica-se a opção pela última, desestruturando o ideal religioso e moral tradicional da sociedade, que coloca a maternidade como papel íncito à mulher.

A mesma análise conclusiva pode ser obtida em ralação ao julgamento da ADI 3510-0 /2008, o qual liberou unanimemente (salvo algumas ressalvas), as pesquisas com células-tronco embrionárias, previstas no art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei Federal 11.105 de 2005).

De modo geral, a decisão reforçou não haver violação ao direito à vida, tampouco à dignidade da pessoa humana:

> Daqui se infere – é a minha leitura - cuidar-se de regração legal a salvo da mácula do açodamento ou dos vícios da esdruxularia e da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da

> biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Ao inverso, penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião in vitro). (BRASIL, 2008).

Tal argumento, prolatado pelo Ministro Relator Carlos Ayres Britto, reforça a posição de cunho progressita no julgamento em questão. Contudo, apesar da tentativa vã dos ministros em separar seus argumentos da moral, é possível identificar trechos emotivos, que identificam a formação do argumento que culmina na autodeterminação da familia fundamentada na Dignidade Humana. Por exemplo, a diferença de tratamento entre zigotos formados pelo amor entre um homem e uma mulher e aqueles formados artificialmente:

> A fertilização in vitro, como técnica de reprodução humana assistida, tem ajudado, desde o nascimento da britânica Louise Brown, há quase trinta anos, a realizar o sonho de milhares de casais com dificuldade ou completa impossibilidade de conceber filhos pelo método natural. (BRASIL, 2008).
>
> Indivíduo-pessoa, conseguintemente, a se dotar de toda uma gradativa formação moral e espiritual, esta última segundo uma cosmovisão não exatamente darwiniana ou evolutiva do ser humano, porém criacionista ou divina (prisma em que Deus é tido como a nascente e ao mesmo tempo a embocadura de toda a corrente de vida de qualquer dos personalizados seres humanos). Grifo nosso.(BRASIL, 2008).
>
> Por este visual das coisas, não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto consiste. Tal como se dá com a desconcertante aritmética do amor: um mais um, igual a um, segundo figuração que se atribui à inspirada pena de Jean Paul Sartre. Grifo nosso.(BRASIL, 2008).
>
> O que agora se tem, por conseguinte, já é o Poder Público tão proibido de se contrapor à autonomia de vontade decisória do casal quanto obrigado a se postar como aparelho de suprimento dos meios educacionais e científicos para o mais desembaraçado e eficaz desfrute daquela situação jurídica ativa ou direito público subjetivo a um planejamento familiar que se volte para a concreta assunção da mais responsável paternidade. Sendo tal nidação compulsória corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros, na contramão do notável avanço cultural que se contém na máxima de que "o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher". Grifo nosso.(BRASIL, 2008).

Pode-se observar as inflexões emotivas que levam o relator a decidir que o embrião artifialmente produzido não é pessoa humana, o que possibilita sua utilização para pesquisas cietíficas. Trata-se, como já elucidado, de argumento progressista uma vez que rompe com a mácula religiosa e cultural tradicional para decidir a favor do planejamento familiar e da autodeterminação da mulher, permitindo a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias descartadas.

Por fim, é fundamental relembrar o julgamento a favor da união estável homossexual (ADIN 4277), ocorrido em 2011.

Como de praxe em julgamentos polêmicos, foi evidenciada a dificuldade de vencer os conceitos morais predominantes na sociedade. Segundo o Ministro Luiz Fux:

> O tema envolve preconceitos ainda muito disseminados e arraigados na sociedade brasileira. Independentemente do resultado deste julgamento, a sua repercussão social será imensa e são, em boa parte, imprevisíveis em suas conseqüências. Mas assim será toda vez que as liberdades essenciais dos indivíduos – em especial aquelas ligadas a sua identidade – forem alvo de ameaças do Estado ou dos particulares e o STF, como guardião da Constituição, for convocado a assegurar a proteção dos direitos fundamentais. Grifo nosso. (BRASIL, 2011).

Vale notar que o argumento central do acórdão foi o repúdio à discriminação ao relacionamento homossexual e a reafirmação do princípio da liberdade do indivíduo em autodeterminar-se, o que foi explanado pelos ministros com expressiva carga emocional em seus discursos eminentemente morais,

O ministro relator Ayres Britto, por exemplo, aponta em seu voto a influência de questões que ultrapassam a moral monológica de Kant, atentando para a importância de fatores que estão além da razão para o julgamento de questão polêmica como esta:

> Trata-se isto sim, de uma união essencialmente afetiva ou amorosa, a implicar um voluntario navegar emparceirado por um rio sem margens fixas e sem outra embocadura que não seja a confiante entrega de um coração aberto ao outro. E não compreender isso talvez comprometa por modo irremediável a própria capacidade de interpretar os institutos jurídicos há pouco invocados, pois –é Platão quem diz-, "quem não começa pelo amor nunca saberá o que é filosofia". É a categoria do afeto como pré-condição do pensamento, o que levou Max Scheler a também ajuizar que "O ser

> humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante." Grifo nosso. (BRASIL, 2011).

> Por conseguinte, cuida-se de proteção constitucional que faz da livre disposição da sexualidade do indivíduo um autonomizado instituto jurídico. Um tipo de liberdade que é, em si e por si, um autêntico bem de personalidade. Um dado elementar da criatura humana em sua intrínseca dignidade de universo à parte. Algo já transposto ou catapultado para a inviolável esfera da autonomia da vontade do indivíduo, na medida em que sentido e praticado como elemento da compostura anímica e psicofísica (volta-se a dizer) do ser humano em busca de sua plenitude existencial. Que termina sendo uma busca de si mesmo na luminosa trilha do ¨torna-te quem és¨, tão bem teoricamente explorada por Friedrich Nietzsche. Uma busca de irrepetível identidade individual, que transposta para o plano da aventura humana como um todo, levou Hegel a sentenciar que a evolução do espírito do tempo se define como um caminhar na direção do aperfeiçoamento de si mesmo (cito de memória). Afinal, a sexualidade no seu notório transitar do prazer puramente físico para os colmos olímpicos da extasia amorosa se põe como um plus ou superávit de vida. Não enquanto um minus ou déficit existencial. Corresponde a um ganho, um bônus, um regalo da natureza e não a uma subtração, um ônus, um peso ou estorvo, menos ainda uma reprimenda dos deuses em estado de fúria ou de alucinada retaliação ao gênero humano. No particular, as barreiras artificiais e raivosamente erguidas contra ele (sexo ou aparelho sexual) corresponde a um derramamento de bílis que só faz embaraçar nossos neurônios. Barreiras que se põem como pequenez mental dos homens e não como exigência dos deuses do Olimpo, menos ainda da natureza. (BRASIL, 2011).

Na mesma conotação emotiva segue o Ministro Luiz Fux: "Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo à discriminação odiosa".

Verifica-se que também nesse caso, o Supremo Tribunal Federal, adotou uma postura progressista em prol da autodeterminação da minoria homossexual, desestruturando as bases da hierarquia social excludente, sendo que parte relevante desse posicionamento se deu em bases afetivas, ou seja, o julgamento realizado não se deu da forma racional proposta por Kant.

O exame dos acórdãos aqui realizado possibilitou, portanto, identificar fundamentos com base na moral determinada por emoções e experiências de ordem subjetivas. Ademais, ainda que não se possa determinar um papel 100% progressista nas decisões do STF, fato é que, nesses julgados polêmicos, este órgão tem adotado argumentos morais intuicionistas com viés progressista.

5. CONCLUSÃO

Conforme destacado nos capítulos anteriores, de acordo com os novos estudos realizados, há cada vez mais indícios de que as questões morais não são decididas de modo inteiramente consciente e que as decisões judiciais já não são dotadas da neutralidade liberalista.

Depara-se, portanto, com a seguinte questão: será que os argumentos postos em uma decisão visam justificar um convencimento já pré-estabelecido ou realmente estes argumentos são a base para a formulação do convencimento?

O presente trabalho cuidou de elucidar algumas teorias da decisão judicial, perpassando pelo Kantianismo, pelas novas vertentes de cunho biológico e pela contemporênea discussão entre conservadoristas e progressistas. Em alguma medida, todas abordam a influencia da moral na decisão judicial e a dificuldade de identificar se a formulação de um juízo se deu de forma racional e consciente.

Todavia, ao analisar alguns acórdãos polêmicos do STF, percebe-se com notada clareza que a razão pura de Kant como única forma de formulação de julgamento moral já não se sustenta. Fatores afetivos e inconscientes afetam sim o processo de construção de um julgamento jurídico, que é na verdade, moral.

Fato é que, atualmente, a justiça constitucional não mais se apoia em teorias da neutralidade e racionalidade pura, mas torna-se cada vez mais evidente que as decisões judiciais tem caráter moral intuicionista, subjetivista.

Tal constatação implica sobremaneira à questão da Justiça Constitucional, vez que, além de identificar fundamentações despidas de racionalidade, o julgamento realizado pela Suprema Corte penderá ao conservadorismo ou ao progressismo, a depender da configuração dos ministros que a compõem.

Hoje, esta configuração pende com maior facilidade ao progressismo, e a uma moral favorável à autoderminação dos indivíduos.

Considernado isso, em um momento no qual o judiciário é chamado para decidir casos que o legislativo opta por não adentrar, é importante que os julgamentos da Corte Constitucional sejam ao menos coerentes com os seus próprios pontos de partida.

Nesse diapasão, é imprenscindível que o Direito volte sua atenção para as novas teorias do julgamento moral, que demonstram que a tomada de decisão não se dá da forma hermética apresentada por Kant. Conhecer o funcionamento do cérebro humano no processo de tomada de decisões que envolvam questões morais, por exmeplo, mostra que o Direito está sujeito a interferência de outros aspectos anteriormente desconhecidos.

REFERÊNCIAS

APPEL-SILVA, Marli; WENDT, Guilherme Welter; ARGIMON, Irani Iracema de Lima. A Teoria da Autodeterminação e as Influências Socioculturais sobre a Identidade. Psicologia em Revista, Belo Horizonte, v. 16, n. 2, p. 351-369, ago. 2010.

BARROSO, Luis Roberto. A Americanização do Direito Constitucional e seus Paradoxos: teoria e jurisprudencia constitucional no mundo contemporâneo. Dispinível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_americanizacao_do_direito_constitucional_e_seus_paradoxos.pdf. Acesso em: 15 jul 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3510-0. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Ano de julgamento: 2008. Disponivel em: www.stf.gov.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Ano de julgamento: 2012. Disponivel em: www.stf.gov.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPC 54. Rel. Ministro Marci Aurélio. Ano de julgamento: 2011. Disponivel em: www.stf.gov.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto. Ano de julgamento: 2011. Disponivel em: www.stf.gov.br.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. A Resposta Correta. Belo Horizonte: Arraes. 2011

KANT, Emanuel. Crítica a Razão Prática, São Paulo: Edições e Publicações Brasil. 1959

NADO, Jennifer; KELLY, Daniel; STICH, Stephen. Moral Judgment in Routledge Companion to the Philosophy of Psychology. 2006. Disponível em: http://web.ics.purdue.edu/~drkelly/NadoKellyStichMoralJudgment2007.pdf. Acesso em 16 de julho de 2014.

WEST, Robin. Progressive and Conservative Constitutionalism.Georgetown University Law Center: 1990.

DILEMA CONSTITUCIONAL E VOLUNTARISMO JUDICIAL
CONSTITUTIONAL DILEMMA AND JUDICIAL VOLUNTARISM

Carlos Odon Lopes da Rocha[7]

Resumo: O presente artigo busca demonstrar, a partir das lições doutrinárias de Lorenzo Zucca, a existência de eleições trágicas ou dilemas constitucionais, ao lado dos "casos fáceis" e "casos difíceis". Com a delimitação teórica da ideia de dilema constitucional, fica evidenciada a insuficiência das teorias da decisão judicial de Ronald Dworkin e Robert Alexy para dirimir tais conflitos, sendo certo que a interpretação a ser feita dar-se-á de maneira voluntarista ou discricionária. A interpretação, nessas situações extremas, ensejará uma criação do direito com aplicação retroativa ao caso concreto, não sendo possível extrair da história institucional da comunidade política o princípio aplicável ao caso ou decidir sobre a melhor opção dentre as existentes através da técnica da ponderação.
Palavras-Chave: Dilema constitucional. Interpretação. Voluntarismo. Ato discricionário.

Abstract: This article seeks to demonstrate from the doctrinal lessons Lorenzo Zucca, the existence of tragic election or constitutional dilemmas side of the "easy cases" and "hard cases". With the theoretical definition of the idea of constitutional dilemma is evident the inadequacy of theories of judicial decision of Ronald Dworkin and Robert Alexy to resolve such conflicts, being certain that the interpretation to be made of voluntarist occur or discretionary manner. The interpretation in these extreme situations cause a creation of law with retroactive application to this case, it is not possible to extract the institutional history of the political community the principle applicable to the case or decide the best option among the existing through the technique of weighting.
Keywords: Constitutional dilemma. Interpretation. Voluntarism. Discretionary act.

INTRODUÇÃO

Em que pese a doutrina majoritária diferenciar apenas os "casos fáceis" (*easy cases*) dos "casos difíceis" (*hard cases*), faz-se necessário também a

[7] Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (2003). Pós-Graduação lato sensu (2006/2007) em Direito Público pelo IDP (Instituto Brasiliense de Direito Público). Pós-Graduação lato sensu em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera/Uniderp (2009/2010). Mestrando em Direito Constitucional pelo IDP. Advogado e Procurador do Distrito Federal. Atuação profissional com ênfase em Direito Constitucional e Administrativo.

conceituação e o desenvolvimento teórico dos chamados “dilemas” ou “tragédias” constitucionais, a partir das ideias do jurista Lorenzo Zucca.

Como exemplo de dilema constitucional pode-se citar a decisão do Pleno do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, ocorrida em 17 de abril de 2007. Em 12 de julho de 2000, a Sra. Evans, junto com seu marido Johnston, iniciou um procedimento para fertilização *in vitro.* Pouco tempo depois, a Sra. Evans foi diagnosticada com sérios tumores pré-cancerígenos em ambos os ovários, o que significava que deviam ser extraídos. O hospital a aconselhou que seria possível coletar seus óvulos antes da operação, realizar a fertilização com os espermatozoides de seu marido e congelá-los, com o objetivo de manter viva sua esperança de ser mãe biológica no futuro.

No Reino Unido, este procedimento está estritamente regulamentado pela legislação. A característica primordial da referida legislação é permitir a ambas as partes revogarem seus respectivos consentimentos em qualquer momento anterior à implantação dos óvulos no útero. Inicialmente, o Sr. Johnston confirmou à Sra. Evans seu compromisso de ter um filho com ela. Porém, dois anos mais tarde, a relação afetiva terminou. Como resultado, o Sr. Johnston pediu ao hospital que destruísse os óvulos fertilizados e congelados, colocando fim às esperanças da Sra. Evans de ter um filho geneticamente seu. A Sra. Evans, então, solicitou um mandado judicial ao Alto Tribunal exigindo que seu marido restabelecesse seu consentimento, argumentando que ele não podia, de acordo com o direito inglês, modifica-lo validamente. Ademais, argumentou que a legislação inglesa era incompatível com a Lei de Direitos Humanos de 1998. O Alto Tribunal, a Corte de Apelação e o Pleno do Tribunal Europeu de Direitos Humanos rejeitaram, todos eles, a solicitação da Sra. Evans (ZUCCA, 2011, p. 10).

Cuida-se, no exemplo acima, de verdadeiro dilema constitucional, pois o interesse de cada pessoa é completamente irreconciliável entre si. De um lado, o direito da mulher de ser mãe biológica; de outro, o direito do homem de não ser pai. Se se permite à mulher usar os embriões, o homem será forçado a ser pai contra sua vontade; se se permite ao homem a retratação ou revogação do consentimento, se negará à mulher a oportunidade de ser mãe biológica. Deve o Tribunal negar a maternidade à Sra. Evans ou deve forçar a paternidade do Sr. Johnston? Eis, aqui,

um dilema constitucional, ou seja, uma situação que não pode ser solucionada satisfatoriamente pela argumentação moral.

Diante de tal contexto, portanto, torna-se relevante desenvolver uma nova concepção teórica ao lado dos "casos fáceis" e dos "casos difíceis".

1. "CASOS FÁCEIS", "CASOS DIFÍCEIS" E DILEMAS CONSTITUCIONAIS

Nos denominados "casos fáceis" (*easy cases*), o intérprete funciona como mero revelador da norma, sendo aplicada a técnica interpretativa de subsunção (fato e texto) para a solução do caso. É o que Herbert Hart chama de "zona clara de aplicação do direito". Os casos que recaem na zona clara são aqueles em que as questões nominais parecem não cobrar uma interpretação mais detalhada ou aprofundada. Na zona clara, há uma aplicação mecânica da lei, sem uma maior especulação (SGARBI, 2006, p. 133).

Por sua vez, "casos difíceis" (*hard cases*), na linguagem comum, são aqueles casos de difícil resolução ou compreensão. Porém, a partir da concepção teórica de Dworkin, "caso difícil" é aquele em que, dadas as particularidades dos "fatos apresentados em juízo e das disposições legislativas, não é trivial identificar a regra que os solucione ou, mesmo, atestar que elas estejam disponíveis" (apud SGARBI, 2006, p. 155).

Em outras palavras, existe um "caso difícil" quando não for possível subsumir claramente a questão fática apresentada a uma regra pré-estabelecida pelo órgão competente (p.ex, Poder Legislativo).

Os *hard cases*, para Dworkin, também ocorrem nos enfrentamentos entre argumentos de política e argumentos de princípio. Aqueles justificam uma decisão política, com vistas a proteger um objetivo coletivo da comunidade. Estes, por sua vez, justificam uma decisão garantidora de um direito fundamental do indivíduo ou de determinado grupo. Entre estes argumentos, o juiz deve decidir com base em princípios. Ao legislador cabe a decisão com base em argumentos de política.

A colisão entre princípios ou direitos fundamentais também configuraria um "caso difícil", pois a solução seria encontrada não através da simples subsunção, mas da aplicação da ponderação ou balanceamento entre valores e interesses em

jogo. Somente após definir o princípio de maior peso relativo diante das circunstâncias jurídicas e fáticas e, por conseguinte, a regra a ser aplicada no caso concreto, o “caso difícil” poderia ser solucionado (Alexy).

Além dessas breves considerações, faz-se mister tecer alguns comentários sobre a ideia de “dilema constitucional”, a partir do escólio de Lorenzo Zucca.

O dilema constitucional envolve dois elementos: a) uma eleição entre dois bens distintos e salvaguardados por direitos fundamentais; b) a perda total e irreversível de um bem protegido por um direito fundamental, independentemente da decisão judicial a ser tomada. O dilema representa, então, uma situação mais grave que o chamado “caso difícil” (ZUCCA, 2011, p. 11).

Além do exemplo já citado de dilema constitucional, acrescenta-se o caso das irmãs siamesas Jodie e Mary. A vida de Mary foi definida como parasitária da vida de sua irmã. O direito à vida de Jodie competia contra o direito à vida de Mary. Uma devia ser sacrificada para salvar a outra. Caso não se fizesse nada, ambas morreriam. O médico sustentava que a única maneira de salvar Jodie era matando Mary. Contudo, seus pais rejeitaram aceitar a morte de uma para salvar a outra, baseando-se em razões religiosas. Então, o Tribunal concluiu que Mary devia ser sacrificada, com o escopo de salvar Jodie.

A maioria dos juízes insistia que não estavam avaliando a qualidade de vida das crianças. Contudo, eles estavam, segundo Zucca (2011, p. 15), avaliando a qualidade de vida de ambas, destacando a anormalidade e não-naturalidade da união das gêmeas.

Outro exemplo de dilema constitucional é a famosa “escolha de Sofia”. Sofia tem dois filhos, que estão em um campo de concentração nazista. Um oficial pede a Sofia que escolha um dos filhos para viver, pois o outro morrerá. Se ela não escolhe nenhum, ambos morrerão. Neste caso, a definição de um dilema não pode ser mais claro, pois implica a eleição entre dois bens incomensuráveis e, por outro lado, a eleição de determinado bem implicará a perda fundamental do outro (ZUCCA, 2011, p. 15).

Nessas situações (dilemas), não há uma única reposta correta ou resposta constitucionalmente adequada. Ao contrário do que defendem Ronald Dworkin e, no Brasil, Lenio Luiz Streck, não é possível encontrar, no passado, o “princípio

generalizável" subjacente à história institucional da comunidade política que deve ser aplicado a estas hipóteses, razão pela qual não se torna possível afastar a discricionariedade judicial. Não há uma argumentação razoável capaz de resolver tais dilemas, sendo a decisão uma escolha puramente discricionária. Aqui, portanto, resta válida a lição de Hans Kelsen, na festejada obra "Teoria Pura do Direito" (capítulo VIII), para quem a decisão é um ato de vontade, uma escolha subjetiva do julgador. Não há uma solução racionalmente controlável para esses casos. A maioria dos juízes afirmou que o pleito da Sra. Evans merecia forte simpatia, embora tal circunstância não tenha sido suficiente para lograr êxito no âmbito judicial.

Com efeito, apenas poucos casos são tidos como dilemas constitucionais. São hipóteses de conflitos genuínos entre direitos fundamentais (dilemas) aqueles conflitos totais intradireitos, isto é, quando existem pretensões simétricas que são mútua e totalmente excludentes. Se se favorece uma das pretensões, elimina-se a outra definitivamente. Um nítido exemplo, como já descrito, é o caso das gêmeas siamesas Jodie e Mary, cujo conflito total intradireitos envolve o direito (antagônico) à vida de duas pessoas.

A eleição trágica (dilema) entre direitos fundamentais, portanto, carece de justificação moral válida.

De igual modo, a técnica ou procedimento da ponderação oferece um suspiro de racionalidade ao intérprete apenas nos "casos difíceis". Ela é inadequada para resolver os dilemas constitucionais. Em relação aos direitos fundamentais, a ponderação é útil para determinar o alcance e a força dos direitos em determinadas circunstâncias específicas. Contudo, não ajuda na resolução de todos os casos, especialmente nos dilemas constitucionais. Como ferramenta, ela tem um âmbito de aplicação limitado aos "casos difíceis".

Em suma, nos dilemas constitucionais há eleições trágicas a serem feitas pelo intérprete/aplicador, sem qualquer critério mínimo de racionalidade jurídica. A argumentação diante dos dilemas não é capaz de fornecer uma única (Dworkin) ou a melhor (Alexy) resposta, o que será demonstrado mais adiante.

2. O QUE É UM DILEMA CONSTITUCIONAL?

Como dito anteriormente, o dilema constitucional abrange dois elementos essenciais, segundo Zucca (2011, p. 11): uma escolha entre dois bens jurídicos distintos e protegidos por direitos fundamentais e a perda completa do bem protegido por um dos direitos fundamentais em tensão, independentemente da decisão judicial a ser proferida.

Para o autor (2011, 12), os direitos fundamentais expressam um pluralismo valorativo fundacional. Em outras palavras, não há qualquer argumento convincente a favor de uma tese que ordene esses direitos em termos de um único valor superior. Ademais, diante dos dilemas constitucionais, nem o Parlamento nem a Corte Constitucional estão em posições razoáveis para resolvê-los.

Segue afirmando o referido doutrinador (2011, p. 17) que o conflito entre direitos fundamentais pode ser genuíno ou espúrio. A diferença entre ambos é que os conflitos genuínos (dilemas) implicam inconsistências normativas.

Algumas críticas devem ser desenvolvidas, sem que, com isso, se retire o mérito doutrinário de Lorenzo Zucca no sentido de revelar a existência de verdadeiros dilemas ou “tragédias” constitucionais. Ademais, as críticas suscitadas por alguns jusfilósofos espanhóis foram devidamente refutadas pelo próprio Zucca.

A primeira crítica é a de que a caracterização dos dilemas constitucionais não se dá apenas quando da ocorrência de situações contrapostas de direitos fundamentais simétricos, afirma Guillermo Lariguet (2011, p. 48). Podem existir, nos ordenamentos jurídicos, critérios de desempate, tais como *in dubio pro libertate, in dubio pro legislatore, in dubio pro homine* etc. Assim, com maior ou menor dificuldade, os dilemas poderiam ser convertidos em “casos difíceis”, onde os conflitos são manipulados com critérios, escalas ou procedimentos que retratam uma ideia de presunção de prioridade refutável em favor de um dos direitos fundamentais em tensão. Por exemplo, a prioridade do direito à liberdade de imprensa, nos Estados Unidos, sobre o direito à intimidade ou privacidade (LARIGUET, 2011, p. 48).

Em que pese tal argumentação, resta evidente que, a partir de uma apropriada análise do caso concreto, não existe, obrigatoriamente, elementos de desempate. Não há, no caso das irmãs siamesas, como comparar o valor “vida” de uma em relação ao valor “vida” da outra. Há, então, uma incomensurabilidade forte

entre os valores colidentes. Zucca, ao diferenciar “casos difíceis” e “dilemas constitucionais”, entende que existe apenas uma diferença de grau entre ambos: quando inexistir um critério de desempate para os casos difíceis, então serão tidos como “dilemas constitucionais”. Surgindo eventualmente algum fator de desempate, o dilema volta a ser um “caso difícil” (ZUCCA, 2011, p. 119).

Por sua vez, Silvina Álvarez (2011, p. 101-102) afirma que o fato de existir a perda fundamental de um direito constitucional em conflito não é apto a caracterizar o dilema constitucional. Isso porque a própria existência do direito como um sistema coercitivo implica uma perda a partir do ponto de vista da liberdade individual. Em suma, a noção de perda, no sentido de impossibilidade de realizar ou conseguir algo valioso, está presente em toda e qualquer solução jurídica a ser adotada em um conflito. Em verdade, Álvarez (2011, p. 126), admitindo a existência de dilemas constitucionais, busca substituir a ideia de “perda fundamental” por “inexistência de qualquer razão moral para preferir uma opção sobre a outra”. Não se trataria, pois, da presença de uma escolha e, por conseguinte, de uma perda, mas da ausência de razões morais capazes de justificar a perda que ocorre naturalmente no processo decisório.

Contudo, como bem refutado por Zucca, para sustentar que um dilema acontece quando a justificação moral da perda está ausente, necessita-se, previamente, identificar a perda no processo decisório. E para poder afirmar a perda, faz-se mister postular a existência de uma eleição entre dois valores incomensuráveis. Assim, diz Zucca, a professora da Universidad Autónoma de Madrid parece coincidir com ele no sentido de que deveria existir uma eleição e uma perda (ZUCCA, 2011, p. 126).

Portanto, há de se ressaltar, uma vez mais, que os dilemas constitucionais não permitem uma solução argumentativa forte e convincente em favor de certo resultado.

3. INSUFICIÊNCIA DAS TEORIAS DA DECISÃO JUDICIAL DE RONALD DWORKIN E ROBERT ALEXY PARA RESOLVER OS DILEMAS CONSTITUCIONAIS

3.1 DIREITO COMO INTEGRIDADE (Ronald Dworkin)

Segundo o jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, há uma aproximação do direito e da moral crítica através dos princípios. Na sua obra *Império do Direito*, Dworkin afirma que a integridade é uma virtude que exige compromisso com outros ideais (*fairness, justice and due legal process*), estando relacionada à ideia de comunidade de princípios. O direito como integridade seria uma via alternativa entre a corrente convencionalista e a pragmática (RODRIGUES, 2005, p. 40-41).

A doutrina convencionalista é aquela segundo a qual o uso legítimo da força jurídica é justificado por decisões políticas precedentes. Portanto, ter um direito, segundo tal concepção, é afirmar um conjunto de documentos (convenções) que vinculam o exercício ou atividade dos juízes, conforme lição de Sgarbi (2006, p. 185).

Nas próprias palavras de Dworkin (1999, p. 141), o convencionalismo consiste em dizer que "o direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. Sua tarefa é aplicá-lo, não modificá-lo para adequá-lo à sua própria ética ou política". Assim, para a tese convencionalista, direito é apenas visto como a mera aceitação de decisões das autoridades legislativas, razão pela qual a interpretação judicial sofreria uma forte discricionariedade. Os juízes, portanto, devem obediência à vontade geral representada pela lei.

Já a doutrina pragmática, segundo Dworkin (1999, p. 185),

> (...) adota uma atitude cética com relação ao pressuposto que acreditamos estar personificado no conceito de direito: nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado. Ele encontra a justificativa necessária à coerção na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude contemporânea da própria decisão coercitiva, como e quando ela é tomada por juízes, e acrescenta que a coerência com qualquer decisão legislativa ou judicial anterior não contribui, em princípio, para a justiça ou para a virtude de qualquer decisão atual. Se os juízes se deixarem guiar por esse conselho (...), então a menos que cometam grandes erros, a coerção que impõem tornará o futuro da comunidade mais promissor, liberado da mão morta do passado e do fetiche da coerência pela coerência.

O pragmatismo ou realismo possui como cerne da questão, pois, as decisões proferidas pelos juízes, sendo o direito apenas o que os juízes dizem que é. As normas prescritas pelo legislador seriam, destarte, apenas profecias sobre futuras decisões judiciais.

Criticando tanto o convencionalismo quanto o pragmatismo, Dworkin defende o direito como integridade, ou seja, como virtude política, a integridade exige que os legisladores criem normas coerentes com a estrutura de princípios que fundamentam a existência desta prática social; e, por sua vez, que os juízes não se afastem dessa coerência. Isso se justifica pelo fato de a integridade, enquanto virtude, ser concebida a partir de uma comunidade política como sendo uma associação de princípios.

Como ensina Dworkin (1999, p. 204-266),

> A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estrita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo (...). O princípio legislativo da integridade exige que o legislativo se empenhe em proteger, para todos, aquilo que vê como seus direitos morais e políticos, de tal modo que as normas públicas expressem um sistema coerente de justiça e equidade (...) O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada -, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.

Tomando por base o escólio de Sandra Martinho Rodrigues (2005, p. 41-44) a respeito do direito como integridade,

> Numa concepção como a do direito como *integrity*, as proposições jurídicas só são verdadeiras se decorrerem de princípios de justiça, *fariness e due legal process* que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática legal da comunidade. O programa proposto pelo *law as integrity* é um programa interpretativo, que pede aos juízes que decidem *hard cases* que interpretem o mesmo material que se afirma já interpretado e com êxito. Esta corrente interpretativa conduz a uma continuidade das interpretações, dando origem a

> interpretações cada vez mais detalhadas e sofisticadas. (...) No *law as integrity* é convocada uma coerência de princípios, dado que requer que as normas sejam interpretadas e as decisões judiciais sejam moldadas em harmonia com a história legal e o sistema de princípios ético-políticos

Intimamente relacionado com o direito como integridade, não se pode perder de vista a argumentação do *chain novel*. Consoante esta argumentação, o direito há de ser visto como sendo um romance em cadeia escrito por diversos romancistas, em que cada um inicia o seu trabalho onde acabou o romancista anterior, sempre com o objetivo de escrever uma obra que se traduza num todo coerente. Uma obra com início, meio e fim, como se escrito fosse por um único autor, e não um conjunto de contos diferentes com as mesmas personagens (RODRIGUES, 2005, p. 55-56).

Assim, os romancistas são, concomitantemente, criadores e intérpretes do texto, isto é, para escreverem os seus capítulos e acrescentarem à cadeia devem levar em consideração o que já foi escrito pelos autores anteriores. Os juízes, em suma, devem considerar em suas interpretações a história legal da comunidade política em que vivem, as tradições e pré-compreensões. Com o desenvolvimento da cadeia, aumenta, pois, a vinculação do intérprete/autor, de tal modo que o juiz que toma a última decisão se encontra mais vinculado aos precedentes que os julgadores que proferiram as decisões iniciais (RODRIGUES, 2005, p. 56).

Não se desconhece a crítica de Richard Posner ao argumento do *chain novel* de Dworkin. Afirma aquele que o romance em cadeia, como sugerido por Dworkin, não limita ou vincula os capítulos subsequentes, nem vincula o autor ao que foi escrito nos capítulos anteriores, pois, num romance ou novela, sempre será possível alterar o roteiro, bem como matar ou fazer nascerem novas personagens. Porém, olvida Posner que mesmo para matar ou fazer nascerem novas personagens, o autor deve partir daquelas já existentes nos capítulos anteriores. Por exemplo, como autor/intérprete do meu capítulo do romance, posso desejar matar todas as personagens num único ato, mas antes tenho que determinar a presença de todas, por exemplo, no hotel e, em seguida, relatar o início de um incêndio de grandes proporções.

Segundo Dworkin, e partir do viés interpretativo que ele concede à teoria do direito, este é identificado nos casos particulares, sendo que tal circunstância leva inexoravelmente a considerações morais do que o direito deve ser. Em suma, existem juízos valorativos que determinam, ainda que parcialmente, o que é o direito.

Assim, a presença de princípios é de suma importância para a identificação do direito. Normas principiológicas, por sua vez, são identificadas por seus conteúdos, e não por sua origem em determinados órgãos. E tais conteúdos possuem essencialmente um caráter moral. Contudo, como constataríamos a existência de um princípio se não podemos identificá-lo a partir da origem em certos órgãos ou autoridades? Para Dworkin, um princípio jurídico existe se segue a melhor interpretação política e moral das decisões legislativas e judiciais. Os princípios jurídicos ocupariam, pois, um espaço intermediário entre as regras jurídicas e os princípios morais (apud VILAJOSANA, 2007, p. 73).

Em outras palavras, as regras jurídicas são criadas por instituições públicas pertinentes e sua validade decorre da sua origem, ou seja, da fonte do direito de que se trata (legislação). Já os princípios morais são o que são puramente por seus conteúdos e sua validade decorre exclusivamente desses mesmos conteúdos. Na via intermediária, os princípios jurídicos obtêm sua validade a partir de uma combinação de considerações fundadas nas fontes e nos conteúdos. A esse respeito, deixou registrado Dworkin (1999, p. 272) que “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.

A teoria do direito de Dworkin, portanto, é essencialmente uma teoria interpretativa. Para ele, a determinação do que o direito requer em cada caso particular necessariamente incorpora um raciocínio interpretativo, sendo que a interpretação sempre contém considerações de ordem moral. Para ser mais específico, a interpretação não é nem uma questão puramente fática, nem uma questão puramente valorativa, mas uma mistura inseparável de ambas (VILAJOSANA, 2007, p. 74).

Porém, ainda que viável a teoria interpretativa de Dworkin em relação aos "casos difíceis", encontraria ela sérios óbices em relação aos dilemas constitucionais. Utilizando, novamente, o peso insustentável dos exemplos, como descobrir, no caso das irmãs siamesas, o princípio de justiça que oferece a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade política? Como os juízes devem levar em conta a história legal da comunidade política em que vivem, as tradições e pré-compreensões para decidir em favor de Jodie, Mary ou da vontade dos pais? Decidindo em prol de uma delas ou, então, decidindo respeitar a vontade dos pais, qual princípio a ser descoberto pelo tribunal que se adeque à história institucional do sistema jurídico e ofereça a melhor justificativa moral para a decisão? Ainda que se considere a argumentação do *chain novel*, o exemplo citado, certamente, configuraria a primeira letra da primeira frase do primeiro parágrafo do primeiro capítulo do romance, razão pela qual a discricionariedade do juiz seria ampla (ou forte). Seria o juiz, pois, muito mais um criador que um intérprete do romance.

Como diz Zucca, sendo os direitos fundamentais sinceras declarações que expressam um pluralismo valorativo fundacional, não existe nenhum argumento convincente a favor de uma tese que ordene tais direitos em termos de um único valor superior, como pretende Dworkin. Se fosse esse o caso, então a noção de conflitos de direitos fundamentais seria trivial, isto é, seria suficiente assinalar o que o valor superior exige em cada caso para resolver o conflito (ZUCCA, 2011, p. 12).

3.2 TÉCNICA DA PONDERAÇÃO (Robert Alexy)

A "ponderação de bens ou valores" há de ser vista como forma de solução de lacunas do direito em virtude da "tensão entre princípios". Essa ponderação na colisão de normas é orientada por uma pauta valorativa.

A jurisprudência dos valores, sem dúvida, contribuiu para a inauguração de uma nova fase da ciência jurídica, qual seja, o pós-positivismo. A partir dela ganhou relevo as ideias de "força normativa da Constituição"; aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais, inclusive nas relações entre particulares;

constitucionalização do direito, que nada mais é que a irradiação de regras e princípios constitucionais para todos os ramos do direito (direito civil, penal etc).

Por fim, outra importante contribuição da jurisprudência dos valores foi a instituição da técnica ou procedimento da ponderação. Segundo Abboud, Carnio e Oliveira (2013, p. 345):

> Tais valores, por serem plurais, no mais das vezes, encontram-se em rota de colisão. Isto é, as circunstâncias concretas sob as quais se assenta o caso a ser decidido podem fazer com que dois valores, igualmente amparados por princípios constitucionais, estejam agindo como forças opostas para solução do caso. Assim, é necessário que haja um procedimento para apurar qual deles possui mais força para reger a relação estabelecida naquele dado caso. Esse procedimento é a chamada ponderação que o tribunal afere segundo critérios de proporcionalidade.

Os princípios possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*) e, por esse motivo, quando dois princípios entram em tensão na análise concreta, aquele que possuir o maior peso no caso concreto prevalecerá, sem que, com isso, o princípio de menor peso relativo se torne inválido. Pertinente aos “casos difíceis”, a ponderação, contudo, não será ferramenta útil para a solução dos dilemas constitucionais.

No sopesamento entre princípios, valores, bens e interesses em tensão nos “casos difíceis”, aplica-se a técnica interpretativa da ponderação ou balanceamento. Na esteira da lição de Luís Roberto Barroso (2001, p. 68),

> a ponderação de valores é a técnica pela qual o intérprete procura lidar com valores constitucionais que se encontrem em linha de colisão. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir-se um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição.

Cuida-se, pois, (a ponderação) de uma técnica que visa atribuir pesos a bens, valores e interesses. Nunca demais lembrar que os valores, segundo a corrente pós-

positivista, configuram a vertente axiológica das normas, devendo ser promovidos pelos princípios.

Assevera Alexy (2012, p. 93) que

> As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa (das regras). Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Assim, ao menos nos casos difíceis, ou seja, nos casos em que princípios competem pela primazia na regulamentação de determinada situação, o balanceamento ou ponderação de valores ou princípios é inevitável (BRANCO, 2009, p. 111).

Como salienta Gonet Branco (2009, p. 114),

> O juízo de ponderação, desse modo, encontra apoio em distintas motivações filosóficas e é, de modo geral, adotado segundo uma impressão de sua inevitabilidade – ao menos, diante de casos difíceis, que envolvem juízos morais colidentes e demandam solução de conflitos de interesses, bens e valores não previamente submetidos a hierarquização absoluta.
>
> A ponderação, para o juiz da Suprema Corte de Israel Aharon Barak, seguindo esse viés, expressa uma técnica inescapável, que reflete a própria complexidade de valores que compõem o Direito, construindo pontes entre o direito e a vida pluralística, já que "exige do juiz identificar os valores relevantes, enfrentar o tema da importância social desses valores, além de exigir que revele o seu pensamento para os seus confrades e para as demais pessoas, facilitando a crítica e a autocrítica".

Portanto, na tensão entre princípios que retratam um “caso difícil”, o intérprete/aplicador deve utilizar a técnica da ponderação, com vistas a definir o princípio que detém o maior peso no caso concreto difícil. Diante das possibilidades fáticas e jurídicas de realização de um princípio, há uma restrição no que tange às possiblidades fáticas e jurídicas de realização de outro princípio. E a solução de tal tensão dá-se mediante a fixação de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com fulcro nas circunstâncias do caso concreto (ALEXY, 2012, p. 96).

Em outras palavras, a ponderação é útil para determinar o alcance e os limites dos direitos fundamentais em relação a certas circunstâncias jurídicas e fáticas. Entretanto, não é capaz de ajudar na resolução dos dilemas constitucionais, ou seja, de conflitos entre direitos fundamentais simétricos (direito à vida de Jodie x direito à vida de Mary).

Por envolver direitos fundamentais colidentes e simétricos, o dilema constitucional retrata a noção de incomensurabilidade forte. Nesse sentido, Zucca (2011, p. 23) esclarece que

> Cuando dos valores inconmensurables se encuentran ínsitos en los derechos en conflito, como es posible forzarlos a una medición de su peso o importancia? Jeremy Waldron sugere una distinción entre la inconmensurabilidad fuerte y débil. Argumenta que la inconmensurabilidad fuerte es asunto de las elecciones trágicas: Agamenón enfrentándose a la elección entre su hija e su misión. La inconmensurabilidad fuerte conduce a la agonia e la parálisis, y no oferece ningún critério de elección al margen de la preferencia personal. La inconmensurabilidad débil, por el contrario, es simplemente expresada en términos de una `simple o directa regla de prioridad´. Esto significa que, en lugar de un balance cuantitativo de tipo utilitarista, las decisiones son tomadas `matando con un triunfo´, o imponiendo una prioridade. Sin embargo, a veces será necesario elegir entre triunfos. En este punto recurriremos a la ponderación, aunque a un tipo cualitativo de ponderación, que intenta elaborar la relación interna de los valores en juego, a través del razonamiento filosófico.

Portanto, a ponderação, ao buscar sacrificar o mínimo de cada um dos direitos fundamentais em oposição, não é idônea para resolver os dilemas ou eleições trágicas constitucionais, vez que a escolha de um dos direitos em colisão

acarreta, invariavelmente, a perda total e definitiva do outro bem jurídico contraposto.

4. DA DECISÃO JUDICIAL NOS DILEMAS CONSTITUCIONAIS COMO HIPÓTESE DE DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ

4.1 DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO ATO DE VONTADE

Preocupado com o desenvolvimento da jurisprudência dos interesses - que privilegiava argumentos ideológicos e políticos na interpretação do direito -, Kelsen busca reforçar o método analítico presente na jurisprudência dos conceitos. O autor austríaco procura aperfeiçoar o rigor lógico-jurídico dentro do contexto positivista, ou seja, a ciência jurídica deve ser estudada sem interferências valorativas. Deve se manter limitada ao estudo do caráter descritivo das normas.

Em sua obra “Teoria Pura do Direito” (Capítulo VIII), ele assevera que o problema da interpretação do direito é mais semântico do que sintático. Diante desse quadro, a interpretação, para Kelsen, é um ato de vontade, com a criação, pelo juiz, de uma norma individual para o caso concreto. Haveria, portanto, uma discricionariedade ou subjetivismo por parte do juiz, que se movimentaria dentro de uma moldura semântica da norma.

O juiz deve obediência à moldura da norma, mas dentro dela a interpretação a ser realizada é relativamente livre. Como diz o referido autor (2012, p. 388/391),

> A relação entre um escalão superior e um escalão inferior da ordem jurídica, como a relação entre Constituição e lei, ou lei e sentença judicial, é uma relação de determinação ou vinculação (...). Esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. (...) Aqui temos

> em primeira linha a pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis. (...) O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. Se por `interpretação´ se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.

Em resumo, não se pode extrair das leis uma única interpretação correta ou adequada, tendo em vista a pluralidade de significações das palavras ou expressões. Esta pluralidade de significações proporciona uma "moldura" ou "quadro" da lei, dentro da qual o intérprete (juiz) é livre para escolher (ato de vontade) entre as possibilidades interpretativas existentes. A escolha, portanto, desde que dentro da moldura, decorre do puro voluntarismo ou subjetivismo do juiz.

Dessa forma, a interpretação judicial, segundo Kelsen, é um ato de escolha ou um voluntarismo em qualquer situação. A amplitude de tal assertiva, porém, não deve merecer acolhida. Isso porque os "casos fáceis" ou "zonas claras de aplicação do direito" podem ser resolvidos mediante a técnica da subsunção. Por seu turno, os "casos difíceis" podem ser resolvidos mediante a técnica da ponderação, não obstante haja críticas significativas no sentido de que esta técnica não passaria de uma fórmula retórica para justificar decisões arbitrárias. Para os críticos (p.ex, Habermas), o sopesamento ficaria sujeito ao arbítrio daquele que sopesa. Contudo, a ponderação traz consigo um mínimo de racionalidade, já que o enunciado de preferência, resultado do sopesamento, pode ser fundamentado de forma analítica.

Um de seus fundamentos é a ideia de que a medida permitida de não-satisfação ou de afetação de um princípio depende do grau de relevância da satisfação do outro (ALEXY, 2012, p. 164/167).

A assertiva kelseniana permanece válida, porém, para as situações concernentes aos dilemas constitucionais.

CONCLUSÃO

Portanto, diante de uma eleição trágica ou dilema constitucional, tem-se que o juiz, ao proferir sua decisão, produzirá uma interpretação voluntarista ou solipsista. Será um ato de vontade, com a consequente criação do direito para aplicação retroativa ao caso concreto. O juiz estará livre para eleger, discricionária e subjetivamente, entre as possibilidades existentes.

As teorias da decisão judicial desenvolvidas por Dworkin ou Alexy são, como visto, insatisfatórias para resolver a questão dos dilemas. A argumentação jurídica não é capaz de prover uma única resposta correta, assim como estes conflitos genuínos não podem ser solucionados de forma a sacrificar o mínimo de cada um dos direitos fundamentais em oposição.

Conquanto expostas em outro contexto, lúcidas são as palavras de Herbert Hart (2012, p. 351/352) se aplicadas especificamente aos dilemas constitucionais:

> (...) sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente. (...). Não obstante, haverá aspectos sobre os quais o direito existente não aponta nenhuma decisão como correta; e, para julgar essas causas, o juiz tem de exercer seu poder de criar o direito.

O direito, destarte, é a imagem de um mundo cheio de buracos que o discurso moral vai tapando, enquanto que outros vão se abrindo em pontos diferentes (KOLAKOWSKI, 1970, p. 171). Em resumo, os dilemas constitucionais não permitem uma solução racional para os conflitos apresentados, recaindo a decisão eventualmente a ser tomada em voluntarismo ou subjetivismo do juiz. Mesmo sendo os dilemas situações de pouca frequência fática, eles não nos deixam esquecer que o direito sempre será um projeto inacabado de racionalidade prática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: RT, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo. In Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Juízo de ponderação na jurisdição constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KOLAKOWSKI, L. El racionalismo como ideologia y ética sin código. trad. De Jacobo Muñoz. Barcelona: Ariel, 1970.

RODRIGUES, Sandra Martinho. A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005.

SGARBI, Adrian. Clássicos de Teoria do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VILAJOSANA, Josep M. Identificación y justificación del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2007.

ZUCCA, Lorenzo; LARIGUET, Guillermo; ZORRILLA, David Martínez; ÁLVAREZ, Silvina. *Dilemas constitucionales*: un debate sobre sus aspectos jurídicos y Morales. Madrid: Marcial Pons, 2011.

A MODULAÇÃO TEMPORAL DE EFEITOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA COMO MEIO DE CONSECUÇÃO DA COERÊNCIA DA DECISÃO JUDICIAL

MODULATION OF TEMPORAL EFFECTS IN TAX MATTERS AS A MEANS OF ACHIEVING THE CONSISTENCY OFJUDICIAL DECISION

Déborah Regina Said Silva[8]

Ariane Costa Guimarães [9]

RESUMO

O trabalho investiga os critérios utilizados pelo Supremo Tribunal Federal ao aplicar a modulação temporal dos efeitos da decisão nos casos tributários. Com o advento do art. 27 da Lei 9.868/99, restou expressa a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade nos casos de ações do controle abstrato. O art. 27 trabalha com dois aspectos condicionais de aplicação: o aspecto formal e o aspecto material. A partir da análise dos precedentes em que este instituto fora invocado, conclui-se que não há a utilização de tais critérios materiais nas decisões proferidas, os argumentos são usados em face de razões econômicas e políticas tão-somente. A metodologia empregada consiste na análise histórica e teórica-dedutiva do controle de constitucionalidade e da modulação temporal dos efeitos. As conclusões alcançadas são no sentido de que casos difíceis demandam a integralização dos conceitos indeterminados, como é o caso da aplicação da modulação dos efeitos temporais em matéria tributária nas decisões proferidas pelo STF.

Palavras-chave: Modulação temporal dos efeitos. Direito tributário. Art. 27 da Lei 9.868/99. Princípio da Integridade.

ABSTRACT

The paper investigates the criteria used by the Supreme Court to apply the temporal modulation of the effects of the decision in tax cases. The Judicial Review can be diffuse or concentrated and decisions of unconstitutionality may have distinct temporal effects *ex tunc* or *ex nunc* or pro future. Moreover, the criteria are true indeterminate concepts for the application should be interpreted based on the principles governing the law and in particular under the tax law. Such understanding requires the implementation of Integrity advocated by Ronald Dworkin, that when working with the concepts of standard and Hard Cases established the need for the judge's decision based on the principles adopted by the system in question. The methodology consists of the historical and theoretical-deductive analysis of judicial and temporal modulation of the effects, as well as the theoretical-philosophical analysis of thought Dworkiano Integrity for further critical analysis of selected procedural cases. The conclusions reached are in that Hard cases require the payment of indeterminate concepts, such as the use of modulation of temporal effects on tax matters' decisions by the Supreme Court.

Keywords: temporal modulation of effects. Tax law. Art. 27 of Law 9868/99. Principle of Integrity.

---

[8] Estudante de Direito.
[9] Doutoranda em Direito e Políticas Públicas (Nucleação Faculdade Largo de São Francisco - USP). Mestre em Direito e Políticas Públicas (Preços de Transferência). Visiting Schoolar em Georgetown University. Professora da Graduação e Pós Graduação no UniCEUB de Direito Tributário. Membro do DEMP (grupo de estudos em direito empresarial). Publicação de artigos no campo tributário. Advogada.

INTRODUÇÃO

A aplicação do efeito modulado nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade nas lides que evolvem matéria tributária tem sido algo crescente na Suprema Corte do país nos últimos anos. Tais aplicações perfazem-se, em regra, pelo uso de argumento políticos e econômicos pragmáticos, lançando mão, os intérpretes, da análise dos aspectos especiais que envolvem o instituto da modulação, bem como dos institutos que regem a relação entre o Estado e os administrados no exercício da atividade arrecadatória.

A utilização do efeito prospectivo de forma discricionária tem gerado reflexão quanto às razões pelas quais o efeito é acolhido, na medida em que tais decisões afastam-se dos argumentos jurídicos e demonstram acolher, com maior intensidade, as ponderações fiscais, como perda de arrecadação e impacto econômico nos cofres públicos. Além disso, o instituto também tem deixado de ser aplicado, em favor dos Contribuintes, nas situações em que o Fisco objetiva cobrar créditos já prescritos.

Assim, a hipótese é a de que a atribuição de efeitos prospectivos tem sido utilizado pelo Supremo Tribunal Federal de forma não coerente, sem seguir embasamentos jurídicos consistentes, mas sim calcado, apenas, em argumentos de impacto econômico em prol dos cofres públicos, sem considerar o reflexo moral decorrente da exigência de tributos de modo inconstitucional ou, até mesmo, as consequências de justiça no tratamento dos contribuintes, na medida em que somente aqueles que ingressaram com ações é que terão direito ao indébito. Este cenário tem trazido desconfiança aos administrados.

Sendo assim, entende-se pela relevância da abordagem do tema e objetiva-se no presente trabalho indicar uma forma mais adequada de aplicação do instituto da modulação temporal dos efeitos na seara tributária, tornando-se, assim, o uso da norma do art. 27 da Lei 9.868/99 coerente com as preocupações e os impactos também referentes ao Contribuinte, primando pela concretude do princípio da segurança jurídica e dos demais princípios que regem o ordenamento jurídico brasileiro e, em especial, a legislação tributária.

Primeiramente, o trabalho consiste na análise do Neoconstitucionalismo e o impacto dos princípios constitucionais no Estado democrático de Direito, para, posteriormente, estudar os modelos de controle de constitucionalidade adotados no direito comparado e seus efeitos no modelo de controle brasileiro, bem como os efeitos temporais próprios de cada modelo.

Posteriormente, dedica-se ao estudo da modulação temporal dos efeitos, iniciando-se pela aferição do que é ato inconstitucional e como de dá sua validade no ordenamento jurídico. A partir daí é possível verificar os efeitos aplicados ao ato inconstitucional de acordo com o modelo americano, *ex tunc,* ou de acordo com o modelo austríaco, *ex nunc.*

Os efeitos aplicados ao ato inconstitucional é base para se compreender a modulação temporal dos efeitos decorrente da norma do art. 27 da Lei 9.868/99. Faz-se, portanto, uma análise dos critérios materiais e formais no art. 27, para fim de demonstrar o caráter de conceito indeterminado dos critérios de segurança jurídica e excepcional interesse social.

Isto posto, adentra-se no entendimento de Ronald Dworkin acerca da necessidade da integralização das decisões pelos princípios regedores do sistema normativo.

Realiza-se a análise crítica de três casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, em que houve discussões acerca da possibilidade de aplicação da modulação temporal dos efeitos em lides que continham teses tributárias, indicando os meios integrativos que deveriam ter sido utilizados nas decisões pelo Supremo Tribunal Federal com o objetivo de persecução de coerência ao sistema normativo.

NEOCONSTITUCIONALISMO, INTEGRIDADE E MODULAÇÃO DE EFEITOS

A revolução na hermenêutica constitucional no Brasil está consubstanciada no texto promulgado em 5 de outubro de 1988. Observa-se a superação da doutrina constitucional positivista, em que as normas constitucionais não seriam objeto direto de tutela jurídica, limitando-se ao poder do legislador. Os princípios constitucionais passaram a ser o aspecto limitador da relação jurídica entre o Estado e os indivíduos. “*Essa mudança, uma verdadeira revolução silenciosa, tornou-se possível*

graças à disseminação da jurisdição constitucional, com a criação de inúmeros tribunais constitucionais [...]”.[10]

O intérprete da Constituição Federativa do Brasil passou a conferir normatividade e efetividade direta do aspecto valorativo, moral do texto constitucional. Diversos princípios foram adotados a fim de estabelecer padrões de interpretação do sistema, tais como dignidade humana, princípio amplamente contemplado pelo texto magno e expressamente adotado no art. 1º, inciso III, da CF.

A nova Constituição proclamou a formação do Estado Federativo do Brasil de regime político democrático, novos objetivos passaram a ser perseguidos, tais como a ampliação do rol de direitos fundamentais e a expansão das atividades do Estado no plano econômico e social, como interventor da econômica e como provedor do bem-estar social. O texto magno trouxe a lume um Estado redemocratizado, com novas feições políticas e sociais. O Constitucionalismo liberal disseminado pela Europa, com objetivos de organização do Estado e proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço ao Constitucionalismo Social.[11]

A hodierna forma constitucional tornou o texto supremo um integralizador do sistema jurídico, em que as suas bases normativas e principiológicas passaram a ser meios de indicação dos parâmetros e adequações a serem observados e respeitados pelas normas infraconstitucionais, chama-se esse movimento de constitucionalização do direito, em que direito contemporâneo é “*caracterizado pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, onde desfruta não apenas de supremacia formal, mas também de supremacia material, axiológica”.* [12]

No âmbito do Sistema Tributário Nacional, contemplado pelo livro VI da tributação e do orçamento do texto constitucional, são elencados princípios consubstanciados nas limitações ao poder de tributar do Estado.

---

[10] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86.

[11] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 85.

[12] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86-87.

Tais institutos limitadores estão expressamente previstos na Constituição Federal no art. 150. Os princípios entabulados nos incisos I a V do art. 150 são vistos como alguns autores como direito fundamentais dos contribuintes, outros entendem tais institutos como verdadeiros princípios regedores da relação arrecadatória.

Para fins de apreciação da teoria interpretativa Dworkiana, entende-se que tais institutos são *standards,* padrões adotados pelo sistema normativo que devem ser seguidos sem exceções, haja vista que o princípio da legalidade, por exemplo, não pode ser excepcionado a fim de concretizar o princípio da reserva do possível.

Não são direitos fundamentais, na medida em que são aqueles derivados do estado de natureza humano e que foram reconhecidos, integrados a um sistema normativo, recebendo a denominação de direitos fundamentais. A relação contributiva é criação estatal, e não deriva da natureza do homem, portanto, não configura direito fundamental do contribuinte.

Os princípios são criações normativas ou doutrinárias, expressas ou implícitas, que balizam a interpretação normativa sistêmica, podendo, contudo, serem excepcionados. As limitações ao poder de tributar não podem ser excepcionadas, a medida em que gerariam expressiva insegurança jurídica aos administrados, impedindo o seu planejamento tributário e o exercício do seu direito à propriedade privada, livre iniciativa, bem como desrespeitando aí então o princípio da confiança e da não surpresa, basilares do princípio da segurança jurídica.

A interpretação do sistema cabe aos causídicos, bem como aos magistrados. Quanto ao que se refere à interpretação constitucional devemos tal tarefa em sua maior amplitude ao Supremo Tribunal Federal, apesar da adoção pelo sistema constitucional difuso no ordenamento brasileiro com certa influência do sistema de controle concentrado austríaco. Segundo Mendes, cabe à jurisdição constitucional determinar em último a intepretação do texto constitucional, sendo assim, muitas

vezes, o juiz assumiria considerável parcela de poder sobre as deliberações políticas do legislativo.[13]

Portanto, a Corte Constitucional, ao analisar os pleitos que têm como paradigma as normas constitucionais, deve fazer uma análise sistemática, tomando conta dos princípios positivados na Constituição bem como aqueles princípios de caráter implícito ao texto constitucional, vez que são meios norteadores da vontade do legislador e direcionam as interpretações jurídicas.[14]

A supremacia da Constituição é um princípio implícito constitucional, não foi positivado no texto magno, porém deve ser analisado sempre quando houver problematizações no que se refere a adequação de normas e atos frente ao sistema jurídico brasileiro.[15]

Como Kelsen já afirmava, o sistema jurídico é uno e tem como base a Constituição, seja ela costumeira ou positivada. Dessa forma, para se manter a unidade do ordenamento, as normas e atos devem estar consoantes com o as regras fundamentais.[16]

Mendes e Branco entendem ser o princípio da supremacia constitucional ligado à rigidez do sistema constitucional brasileiro. A rigidez ou flexibilidade de uma constituição é definida de acordo com o grau de formalidade do procedimento para promover mudanças no texto constitucional. Se o texto maior pudesse ser modificado por lei ordinária, por exemplo, que nem a maioria das leis infraconstitucionais, não haveria que se falar em supremacia, tampouco em hierarquia do sistema com a Constituição no *status* máximo da hierarquia normativa.[17]

---

[13] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 53.
[14] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.
[15] OLIVEIRA, Dinara de Arruda. Supremacia da constituição. In: NASCIMENTO, Lúcia Maria Barbosa do (Org.). *Anais do XIV encontro preparatório para congresso nacional do CONPEDI 2005*: A Construção do saber jurídico no século XXI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. p. 647
[16] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 201.
[17] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.

A necessidade de coesão do sistema em face do postulado constitucionalmente gera a possibilidade do instituto da inconstitucionalidade. A Inconstitucionalidade é um fenômeno jurídico decorrente da unidade do sistema jurídico. Quando se trata de um sistema, esse deve ser integrado e coerente, sob pena de não possuir unidade.[18] Jorge Miranda diz que os conceitos de constitucionalidade e inconstitucionalidade constituem uma *"relação que se estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa - um comportamento – que lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não no seu sentido*"[19].

A inconstitucionalidade pode ser formal ou material. A inconstitucionalidade formal seria aquela em que os procedimentos para produção da norma jurídica determinados constitucionalmente não foram corretamente adotados, como por exemplo, na ocorrência de vício de iniciativa no âmbito da criação normativa. A inconstitucionalidade material é aquele em que o postulado na norma vai de encontro ao que a constituição prega em termos de temática e tratamento de certos assuntos, como por exemplo, uma norma que vai contra ao princípio da irretroatividade tributária, cobrando-se um tributo decorrente de um fato gerador ocorrido antes da exação estipulada.

A norma tida como inconstitucional pode ser tratada como nula ou anulável, a depender da interpretação adotada em cada sistema normativo, tais tratamentos diferenciados consubstanciam nas teorias do dogma da nulidade ou da teoria da anulabilidade.

O dogma da nulidade consiste no fato de que em toda situação de declaração de invalidade de uma norma se aplica a nulidade como meio de retirar a norma considerada inconstitucional do ordenamento jurídico, assim como retirar os efeitos que essa norma inválida produziu no mundo dos fatos.[20] A nulidade pressupõe a

---

[18] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 121.
[19] MIRANDA, Jorge, 1983, apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 138.
[20] ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade, ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme constituição do artigo 27 da lei 9.868/99.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38.

retroação dos efeitos que a norma implementou no mundo dos fatos enquanto ainda não fora considerada e declarada inconstitucional, ou seja, há uma “exclusão dos efeitos da norma” *ab initio,* portanto, desde o início em que a norma inválida entrou em vigor no ordenamento.[21]

Tal modelo foi amplamente adotado no modelo de controle americano que, posteriormente, em casos específicos passou a excepcionar o dogma, adotando a modulação temporal dos efeitos, entendo ser a norma inconstitucional objeto de anulabilidade a fim de concretizar mais direitos fundamentais, que poderiam ter sua aplicabilidade comprometida pelo uso dos efeitos retroativos.

A teoria da anulabilidade defende que a norma inconstitucional é anulável. *“A “norma antinorma” ou é apenas anulável, ou seja, uma norma válida até a sua anulação e, portanto, norma regular; ou é nula, e então, não é norma”.*[22] Ou seja, para Kelsen, se a norma tem vigor no ordenamento jurídico e produz seus efeitos, mesmo que conflituosa com os preceitos constitucionais, essa é considerada constitucional por simplesmente ser vigente. Há nesse entendimento uma relativização do princípio da supremacia constitucional, em que, enquanto vigente a norma inconstitucional, o texto supremo teria sua aplicação suspensa em determinado sentido.

Essa teoria foi amplamente defendida por Hans Kelsen no direito austríaco, haja vista que este autor entendi que a norma tida como inconstitucional deve ser producente de efeitos mesmo que inconstitucional, uma vez que para Kelsen a norma que teve vigência foi uma norma existente, e portanto, seus efeitos devem ser respeitados, ainda que posteriormente venha a ser retirada do ordenamento jurídica por ter sido constituída sua inconstitucionalidade.

O texto constitucional pátrio não adotou expressamente nenhum dos dois modelos, porém na prática dos tribunais, verifica-se que a teoria da nulidade é a mais adotada, e de forma excepcional passou-se ao longo dos anos a haver a

---

[21] ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade, ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme constituição do artigo 27 da lei 9.868/99.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 41.
[22] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 145.

aplicação pela modulação dos efeitos, que consiste na aplicação do efeito *ex tunc* ou pró-futuro aos casos determinados de inconstitucionalidade.

A normatização da modulação temporal dos efeitos, em sede de controle de constitucionalidade, adveio com a Lei 9.868/99, que previu a possibilidade de aplicação do instrumento modulatório pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Desviando-se da tradição do efeito *ex tunc,* passou-se a aplicar também os efeitos *ex nunc* e pró-futuro, conforme prevê o art. 27 da Lei 9.868/99:

> Art. 27. Ao declarar a **inconstitucionalidade** da lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou **decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado**.[23]

O art. 27 traz dois critérios que devem ser observados para a aplicação do efeito modulado pela jurisdição constitucional brasileira. O primeiro critério é o critério formal consubstanciado na necessidade dos votos de 2/3 dos membros plenário do Supremo Tribunal Federal para que a modulação seja aplicada. Posteriormente, há a necessidade de haver a presença do critério material, ou seja, devem haver razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social para que a modulação seja aplicada. Ademais, é indispensável, segundo a norma, que se declare a inconstitucionalidade da lei para que se aplique o efeito temporal modulado.

Quanto ao critério forma, a necessidade de 8 (oito) votos favoráveis pela modulação dos 11 (onze) ministros do pleno do STF, é maior que o próprio quórum para a declaração de inconstitucionalidade, que nos termos do art. 97 da CF, prevê a necessidade do voto da maioria absoluta dos membros, qual seja 6 (seis) dos 11 (onze) ministros. Ademais, o julgamento pela modulação é bifásico, ou seja, após a declaração de inconstitucionalidade é que os membros do STF podem decidir pela

---

[23] BRASIL. *Lei 9.868/99, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 26 ago.2014. (grifo nosso).

modulação ou não temporal dos efeitos da decisão que declarou a inconstitucionalidade da norma objeto do controle.

No que se refere ao critério material, como bem destaca Ana Paula Ávila, o artigo empregou o termo excepcional interesse social e não excepcional interesse público, sendo a primeira expressão empregada na Constituição Federal de 1988 apenas em seu art. 184, *caput*,[24] que trata da desapropriação para fins de reforma agrária. Portanto, entende-se que a adoção da expressão social expressa o sentido de que a norma deve ser adotada com o fim de promover os direitos dos administrados em primazia, e não do interesse do Estado, portanto, descarta-se para o fim de aplicação do instituto o argumento de rombo aos cofres públicos caso a modulação seja aplicada ou deixa de ser aplicada ao caso concreto no que se refere a atividade de arrecadação do fisco.

Os critérios materiais adotados pela norma do art. 27 da lei 9.868/99 são verdadeiros conceitos indeterminados, ou seja, em si não possuem a total significância da sua aplicação, devendo ser compostos por outros parâmetros adotados pelo sistema normativo. Portanto, adota-se para fins de aplicação do instituto modulatório ao caso concreto a teoria de interpretação integrativa defendida por Ronald Dworkin quando às decisões judiciais.

Para Dworkin, a norma jurídica não advém apenas de um histórico legal, mas também combina-se com elementos descritivos e valorativos. Portanto, a interpretação do direito deve ser feita pelos juristas levando em consideração os aspectos valorativos da norma, afastando-se da singularidade do positivismo jurídico. Nesse sentido, não se pode tomar como absoluto o que está no texto normativo, é necessário fazer-se uma interpretação do caso concreto levando em consideração os princípios do próprio sistema jurídico bem como os princípios aduzidos da prática social cotidiana[25].

---

[24] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 set. 2014.
[25] BOTELHO, Marcos César. A lei em Ronald Dworkin: breves considerações sobre a integridade no direito. *Revista Intertemas*, Brasília, ano 11, v. 13, nov. 2008. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2615/2404>. Acesso em: 26 ago. 2014.

Dworkin, além de criticar o posicionamento positivista, opõe-se ao uso da discricionariedade dos juízos no julgamento dos casos complexos. Nesse sentido assevera Erika Juliana Dmitruk, em seu artigo sobre o "princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin", que o autor norte-americano acredita que os juízos na solução dos *Hard Cases* devem utilizar padrões determinados a fim de encontrar algo que vincule o juiz a uma resposta correta, afastando o julgador do apelo à discricionariedade.[26]

Destaca-se que casos complexos são definidos não só aqueles que não possuem regulação no sistema normativo, mas também aqueles em que, mesmo havendo previsão legal, não possuem um sentido fechado em si, ou seja, precisam ser compostos para a busca do sentido prático do instituto. Tal situação pode ser verificada no caso da modulação temporal do art. 27, em que a norma exige-se que os critérios de segurança jurídica e excepcional interesse social sejam integralizados para sua aplicação ao caso concreto.

Tal entendimento afasta ainda mais a possibilidade de aplicação política, social ou econômica do direito na solução dos casos difíceis, vez que, os julgadores tomados por uma grande liberdade decisória, devem, segundo Dworkin, serem afastados das decisões de forma isolada, sendo sempre necessário na solução dos casos não contemplados pelas normas jurídicas a aplicação de um meio de interpretação construtivo dos direitos pelos princípios jurídicos, qual seja a Integridade.[27]

Dworkin faz distinção entre argumentos de política e argumento de princípios, em que estabelece o entendimento de que os argumentos de princípios seriam aqueles que indicam, direcionam os direitos que a indivíduo teria perante o ordenamento jurídico a que se submete, já os argumentos de política se referem aos

---

[26] DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. *Revista jurídica da UniFil*, local, n. 4, ano IV. Disponível em:<http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-11.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2014.
[27] DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. *Revista jurídica da UniFil*, local, n. 4, ano IV. Disponível em:<http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-11.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2014.

objetivos coletivos que o Estado pretende alcançar, não levando em consideração primária, específica a realização dos direitos de cada pessoa individualmente.[28]

O intuito consiste em identificar de que maneira uma teoria de interpretação do direito que utiliza-se da comunidade de princípios pode guiar ou restringir o poder de coerção do direito para que o sistema de direitos e responsabilidades seja coerente. Para atingir esse objetivo o pensador defenderá a existência de uma nova virtude que seria a Integridade, que andaria ao lado da justiça e do devido processo legal. Para tanto, adotando-se o método integrativo apresentado tem-se que a modulação temporal dos efeitos normatizada pelo art. 27 da lei 9.868/99 tem que ser composta pelos princípios jurídicos, pelos padrões adotados no sistema legal para sua aplicação ser coerente ao conjunto normativo.

Tratando-se especificamente do âmbito tributário na aplicação da modulação temporal dos efeitos, tais critérios devem ser compostos pelos padrões adotados pela constituição ao regular a relação arrecadatória. A análise da segurança jurídica e excepciona interesse social deve ser feita em face das Limitações ao Poder de Tributar. A integração feita dessa forma enseja a busca pela coerência na aplicação do instituto da modulação em face do sistema normativo.

ANÁLISE EMPÍRICA DE CASOS TRIBUTÁRIOS JULGADOS PELO STF EM QUE FOI OU DEVERIA SER APLICADA A MODULAÇÃO DE EFEITOS

Na análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o cotejo dos critérios materiais não foi feito de forma expressiva, em muitos casos a segurança jurídica ou o excepcional interesse social sequer são mencionados pelos doutros ministros. No âmbito tributário isso se demonstra frequente, conforme se pode observar pelos estudos dos seguintes casos: IPI alíquota zero – RREE 353.657 e 370.682; Prazo quinquenal para prescrição e decadência de créditos tributários previdenciários – RREE 556.664, 559.882 e 559.943 e 5.1 COFINS das sociedades profissionais – RREE 377.457 e 381.964.

---

[28] DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. *Revista jurídica da UniFil*, local, n. 4, ano IV. Disponível em:<http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-11.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2014.

No RREE 353.657 e 370.682, não houve aplicação da modulação de efeitos, aplicando-se o efeito *ex tunc* ao caso concreto. Sendo assim, não se reconheceu o direito de crédito dos contribuintes de IPI em relação aos insumos que entrem na cadeia produtiva com incidência de alíquota zero. Desta feita, os créditos utilizados foram tidos como não permitidos e os contribuintes tiveram que reaver ao fisco esses valores. Porém, devido ao princípio da não-cumulatividade, que é compensar na cadeia posterior o que se pagou na cadeia anterior, referente ao IPI, a não aplicação da modulação e o não reconhecimento de créditos merecem destaque.

Ainda que não tenha havido pagamento do IPI anteriormente, deve-se aplicar aqui uma situação de crédito, haja vista que a incidência de alíquota zero gera ao segundo contribuinte da cadeia o dever de arcar com a alíquota integral do tributo sem quaisquer descontos, e tal medida afasta o produtor de contratar com aquele beneficiado com alíquota zero, haja vista que se contratar com outro terá o benefício do creditamento. Isto posto, o princípio da não-cumulatividade deixa de produzir seu efeito de estimular o setor produtivo.

Portanto, ainda que o STF tenha entendido que o caso de alíquota zero em comento difere-se do caso de isenção ou não incidência. Sendo assim, entende-se pela aplicação da interpretação dos RREE 350.446/PR; 353.668/PR e 357.277/RS, que determina o direito de crédito na entrada de insumo sujeito à alíquota zero, equiparando o fenômeno da alíquota zero ao fenômeno da isenção.

Portanto, no caso em comento deveria ser reconhecido o direito ao crédito, e em face das reiteradas decisões do STF deveria ser modulado os efeitos por questões de confiança e segurança jurídica. As mudanças jurisprudências não podem se restringir ao trânsito em julgado das ações. Ademais, no caso, os embargos de declaração apresentados pelo Fisco tiveram eminente caráter protelatório, a fim de evitar o trânsito em julgado das decisões, conforme assevera Luís Roberto Barroso na sustentação oral realizada no caso em destaque.[29]

---

[29] BARROSO, Luís Roberto. *Defesa da modulação de efeitos temporais em caso de mudança de jurisprudência pelo STF.* 20 ago. 2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qTeyz3qIDWQ>. Acesso em: 26 ago. 2014.

Ainda que alegue ausência de declaração de inconstitucionalidade e, justamente por isso, não poderia ser aplicado o art. 27 da Lei 9.868/99, isso não pode servir de argumento, uma vez que a interpretação conforme a constituição é modalidade de controle de constitucionalidade e pressupõe a declaração de inconstitucionalidade de uma determinada interpretação, conforme pode-se verificar na norma do art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99.

Segundo Gilmar Mendes, a interpretação conforme a constituição pressupõe uma decisão de inconstitucionalidade sem redução de texto, seguindo entendimento de Moreira Alves.[30] Desta feita, admite-se no presente caso a modulação temporal dos efeitos, haja vista a presença da declaração de inconstitucionalidade na decisão de interpretação conforme a Constituição.

O Princípio da confiança exige que haja confiança dos administrados na estabilidade dos atos realizados e emitidos pelo poder público[31], e como no caso em comento, confiança na estabilidade das decisões proferidas pelo STF. As decisões anteriores, relacionadas à isenção do IPI e o direito de crédito dos Contribuintes, foram decisões que criaram no Contribuinte a expectativa de direito de crédito em casos similares, como no caso em comento, de entrada de insumos com alíquota zero no meio produtivo.

No segundo caso, qual seja, prazo quinquenal para prescrição e decadência de créditos tributários previdenciários – RREE 556.664, 559.882 e 559.943, o uso de lei ordinária, lei 8.212[32], com o fim de determinar questões referentes à decadência e prescrição, desrespeitou o postulado no art. 146, inciso III, alínea “b” da CF[33], que determina o uso de lei complementar para regular tais institutos em matéria tributária.

---

[30] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.1268.

[31] ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade, ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme constituição do artigo 27 da lei 9.868/99.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 150.

[32] BRASIL. *Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.* Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 2 set. 2014.

[33] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 set. 2014.

Está-se diante de uma inconstitucionalidade formal, a qual foi declarada corretamente pelo STF. Porém, no presente caso, sob os argumentos de que a declaração de inconstitucionalidade provocaria uma ação de pleitos de ação de repetição de indébito em massa, levou o então Ministro relator Gilmar Mendes votar a favor da modulação temporal dos efeitos, a fim de evitar o exercício dessas ações.

Primeiramente, verifica-se uma tentativa de restringir o direito de ação dos contribuintes, direito de ação que é direito fundamental. E também tal medida foi aplicada tendo como exceção casos em que, antes da decisão transitar em julgado, os contribuintes tenham ajuizados ações que de modo incidental pleiteavam a inconstitucionalidade da norma, e a ocorrência de prescrição e decadência pelo prazo quinquenal e não decenal.

Tal decisão proferida pelo Supremo feriu de modo expresso o postulado pelo princípio da isonomia preconizado pela Constituição Federal no art. 150, inciso II.

O princípio da isonomia no direito tributário é desdobrado da capacidade contributiva. O princípio da igualdade impõe que se deve: "*a) discriminar adequadamente os desiguais, na medida de suas desigualdades e não discriminar os iguais que devem ser tratados igualmente".*[34] Porém, o que se verifica no presente caso não são capacidades contributivas distintas, verifica-se apenas tratamentos divergentes em face de ajuizamentos ou não de ações pleiteando repetições de indébito com incidentes de inconstitucionalidade formal dos artigos 45 e 46 da lei 8.212/91. Desta feita, não se verifica a aplicação da isonomia na decisão proferida e, sim, há a implementação da desigualdade entre os contribuintes, o que não entra nas exceções de extrafiscalidade, exercício do poder de polícia, progressividade, imunidades e isenções, que permitiriam tratamentos diferentes, segundo Coêlho.[35]

Tal medida promove, ainda, o comportamento de sonegadores ou inadimplentes, pois os contribuintes que realizaram o pagamento das contribuições

---

[34] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição de 1988*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.455.
[35] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição de 1988*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.455-456.

previdenciárias, entendendo serem cobranças constitucionais, não poderiam pleitear sua restituição, porém, aqueles que recorreram, administrativamente ou judicialmente, foram comtemplados pelo direito de repetição.[36]

Portanto, aplicando a integridade pelo princípio da isonomia não poderia a Suprema Corte proferir decisão nesse sentido. Integralizando os conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social pelo princípio da isonomia, por óbvio tal tratamento diferenciado entre os contribuintes não poderia ser aplicado, tendo em vista tanto a segurança jurídica do direito de prescrição e decadência estipulado por lei complementar, bem como o direito individual de pleitear a repetição dos valores pagos de dívidas prescritas ou decaídas de forma isonômica entre os contribuintes lesados.

Ainda, há que se falar na necessidade de haver paridade dos prazos aplicados ao Fisco e aos Contribuintes, portanto, a possibilidade, pela modulação dos efeitos, de a Fazenda Pública cobrar os créditos previdenciários, no prazo prescricional, e constituir tais créditos, no prazo decadencial, ambos de 10 (dez) anos no caso concreto, também deve ser aplicado ao Contribuinte. Isto posto, deve-se garantir ao Contribuinte o prazo decadencial de 10 anos para o pleito de repetição de indébito tributário.

Portanto, verifica-se que não deveria ter sido aplicada a modulação temporal dos efeitos ao caso concreto, devendo ser aplicado entretanto, o efeito retroativo, *ex tunc,* promovendo-se, assim, o direito do contribuinte de pleitear a repetição de indébito em relação aos créditos prescritos ou decaídos que foram indevidamente pagos.

Nos RREE 377.457 e 381.964 acerca da COFINS das sociedade profissionais não houve declaração de inconstitucionalidade no presente caso, o STF decidiu pela constitucionalidade do art. 56 da lei 9.430/96 que revogou a isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, inciso II, da Lei Complementar nº 70/91, com o fundamento de que a matéria, mesmo sendo

---

[36] VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária “modulação” dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. *Revista Jurídica Empresarial*. São Paulo, ano 03, n. 12, jan./fev.2010. p. 118.

regulada por lei complementar, seria materialmente ordinária, uma vez que não há necessidade de Lei Complementar para regulação da matéria pela Constituição Federal. E, portanto, não houve modulação dos efeitos com o fim de proteger o direito dos contribuintes que acreditavam ter o direito à isenção. Desta feita, os contribuintes deveriam pagar os retroativos, haja vista que a decisão proferiu efeitos *ex tunc.*[37]

Porém, ainda que não tenha havido declaração de inconstitucionalidade, anteriormente ao julgado, havia uma súmula do STJ em vigor, qual seja a súmula 276, cancelada apenas em 12 de novembro de 2008, que reconhecia a isenção das sociedades civis.

Portanto, diante da Estabilidade das relações e da proteção do Princípio da confiança, corolários da segurança jurídica, a decisão, ainda não tendo havido declaração de inconstitucionalidade, merecia ter os seus efeitos modulados com a finalidade de promover a estabilidade das relações entre fisco e contribuinte, problema tal criado pela confiança nas decisões dos tribunais superiores, conforme destacam Pisani e Leal.[38]

A súmula foi afastada, absolutamente desconsiderada. Modular o efeito temporal da decisão seria fazer valer o princípio da segurança jurídica, a estabilidade das relações mantidas entre fisco e contribuinte e a concretude do princípio da confiança.[39] O administrado confia nas decisões dos tribunais

---

[37] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 377.457*. Plenário. Recorrido: União. Recorrente: Antônio Glênio F. Albuquerque & Advogados Associados S/C. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de setembro de 2008. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570335>. Acesso em: 26 ago. 2014.

[38] PISANI, José Roberto, LEAL, Saul Tourinho. Modulação de efeitos em matéria tributária: "ICMS na base da COFINS"; "Prescrição Previdenciária"; e "COFINS – Sociedades Civis". *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 6, n. 36, p. 101 – 122, nov./dez. 2008. p. 116.

[39] PISANI, José Roberto. Modulação de efeitos em matéria tributária: "ICMS na base da COFINS"; "Prescrição Previdenciária"; e "COFINS – Sociedades Civis". *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 6, n. 36, p. 101 – 122, nov./dez. 2008. p.117.

superiores, e não modular "*implica considerar que as decisões do STJ, até mesmo suas súmulas, são irrelevantes"*.[40]

Em face da decisão proferida pelo STF pela constitucionalidade do art. 56 da lei 9.430/96 e a desconsideração da aplicação da Súmula 276 do STJ, houve modificação introduzida pelas decisões judiciais, portanto, a nova interpretação de que não há o direito de isenção das sociedades civis deve ser aplicada aos fatos geradores futuros e não os pretéritos, conforme determina a norma supracitada.

Portanto, tendo em vista razões de segurança jurídica, a modulação temporal dos efeitos deveria ter sido aplicada ao caso concreto, reconhecendo, em virtude dos entendimentos dos tribunais superiores, o direito de isenção da sociedade civil de profissão regulamentada. O conceito indeterminado deveria, para tal conclusão, ser integrado com o princípio da irretroatividade tributária consubstanciada no art. 150, inciso III, alínea "a" da CF.

Portanto, não se coaduna com o entendimento aplicado pelo STF, entende-se que a norma do art. 27 da lei 9.868/99 deveria ter sido aplicada ao caso concreto.

CONCLUSÃO

A partir das análises feitas, desde as modalidades de controle de constitucionalidade até os efeitos das decisões em sede de controle, entende-se que o uso do efeito prospectivo é necessário a fim de concretizar os direitos fundamentais e os princípios que regem o ordenamento jurídico em face dos conceitos indeterminados de segurança jurídica e interesse social.

A aplicação do dogma da nulidade diante do princípio da Supremacia Constitucional nem sempre assegura a ordem maior em plenitude, sendo muitas vezes necessário excepcionar alguma regra ou princípio constitucional para que outros, mais importantes ao caso concreto, sejam aplicados. Sendo assim, apesar de excepcionar a aplicação do texto constitucional, a aplicação do efeito modulatório

---

[40] PISANI, José Roberto. Modulação de efeitos em matéria tributária: "ICMS na base da COFINS"; "Prescrição Previdenciária"; e "COFINS – Sociedades Civis". *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 6, n. 36, p. 101 – 122, nov./dez. 2008. p.118.

prospectivo pode ser o meio adequado para manter a ordem constitucional em sua maior parte.

Partindo do pressuposto de que a modulação dos efeitos é válida e necessária, ressalta-se de que forma a modulação deve ser aplicada. O art. 27 da Lei 9.868/99 ao estabelecer conceitos indeterminados condicionantes da aplicação do efeito modulado estabeleceu ao intérprete uma margem de discricionariedade elevada, porém tal discricionariedade deve ser limitada em face do método integrativo, que se utiliza dos princípios adotados pelo ordenamento para constituir o real sentido desses conceitos ao caso concreto.

Desta feita, os conceitos de segurança jurídica e excepcional interesse social, devido a sua indeterminação, devem ser interpretados em face dos padrões adotados pelo sistema jurídico brasileiro. E, em especial, no âmbito do direito tributário tais conceitos devem seguir a base principiológica constitucional que rege as relações entre o Fisco e o Contribuinte. Destacam-se como meios integrativos na seara tributária os princípios da legalidade, anterioridade nonagesimal e do exercício, isonomia tributária, não-confisco, Irretroatividade tributária, e outros princípios que regem todo o ordenamento como o princípio da confiança, da proporcionalidade, dentre outros.

Portanto, a doutrina prospectiva deve ser adotada nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Tal adoção deve ser feita de forma adequada, levando em consideração os aspectos condicionantes da norma, bem como a adequação interpretativa desses conceitos aos objetivos determinados pelo legislador ao ordenamento. Ou seja, deve-se aplicar a Integridade, sob pena de o Judiciário, utilizando-se de argumentos políticos e econômicos tão somente, inovar na ordem jurídica e agir como legislador, desrespeitando a divisão de poderes ao assumir postura de um legislador positivo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *Modulação em matéria tributária:* o argumento pragmático ou consequencialista de cunho econômico e as decisões de STF. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2011.

ÁVILA, Ana Paula. *A modulação de efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade, ponderação e regras de argumentação para a interpretação conforme constituição do artigo 27 da lei 9.868/99*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Defesa da modulação de efeitos temporais em caso de mudança de jurisprudência pelo STF*. 20 ago. 2012. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=qTeyz3qIDWQ>. Acesso em: 26 ago. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOTELHO, Marcos César. A lei em Ronald Dworkin: breves considerações sobre a integridade no direito. *Revista Intertemas*, Brasília, ano 11, v. 13, nov. 2008. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2615/2404>. Acesso em: 26 ago. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 set. 2014.

BRASIL. *Lei 10.406/2002*. 2002. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 26 ago.2014.

BRASIL. *Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em. 26 ago. 2014.

BRASIL. *Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 26 ago. 2014.

BRASIL. *Lei 8.212, de 24 de julho de 1991.* Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm>. Acesso em: 2 set. 2014.

BRASIL. *Lei 9.868/99, de 10 de novembro de 1999*. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em: 26 ago.2014.

BRASIL. *Lei 9.882/99, de 3 de dezembro de 1999*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 26 ago.2014.

BRASIL. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 2 set. 2014.

BRASIL. *Súmula 276 do Superior Tribunal de Justiça, de 14 de junho de 2004.* Disponível em:<http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0276.htm>. Acesso em: 26 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direito de Inconstitucionalidade - ADI 2076-AC*. Plenário. Requerente: Partido Social Liberal – PSL. Relator: Carlos Velloso. Min. Marco Aurélio. Brasília, 2 de setembro de 2014. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo277.htm#Preâmbulo da Constituição>. Acesso em: 02 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 197.917 - SP*. Plenário. Recorrido: Câmara Municipal De Mira Estrela E Outros. Recorrente: Ministério Público Estadual. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, 7 de maio de 2004. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28197917%2ENUME%2E+OU+197917%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mfzqzv8>. Acesso em: 2 set. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 353.657.* Plenário. Recorrido: Madeira Santo Antônio Ltda. Recorrente: União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 25 de junho 2007. Disponível

em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=513677>. Acesso em: 26 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 377.457*. Plenário. Recorrido: União. Recorrente: Antônio Glênio F. Albuquerque & Advogados Associados S/C. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 17 de setembro de 2008. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570335>. Acesso em: 26 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 556.664*. Plenário. Recorrido: União. Recorrente: Antônio Glênio F. Albuquerque & Advogados Associados S/C. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 12 de junho de 2008. Disponível em:<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570335>. Acesso em: 26 ago. 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Segurança jurídica e modulação de efeitos,* 2008. Disponível em:< http://www.parasaber.com.br/textos/seguranca-juridica-e-modulacao-dos-efeitos-2/>. Acesso em: 3 set. 2014.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. O *controle de constitucionalidade das leis e do poder de tributar na constituição de 1988.* 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

DMITRUK, Erika Juliana. O princípio da integridade como modelo de interpretação construtiva do direito em Ronald Dworkin. *Revista jurídica da UniFil*, local, n. 4, ano IV. Disponível em:<http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-11.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2014.

GUSMÃO, Omara Oliveira de. Direitos fundamentais e sistema tributário. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 14. n. 67, p.231-256, mar./abr. 2006.

JANSZESCKI, Célio Armando. A declaração da inconstitucionalidade com efeitos limitados, a supremacia constitucional e o direito tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, p. 17-26, out. 2008.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEAL, Saul Tourinho. *Controle de constitucionalidade moderno*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

LEAL, Saul Tourinho. Modular para não pagar: a adoção da doutrina prospectiva negando direitos aos contribuintes. *Revista Dialética de Direito Tributário,* São Paulo, n. 158, p. 78-86, nov. 2008.

LIMA, Marcio Alexandre Ribeiro de. *O Direito como integridade em Dworkin:* uma perspectiva interpretativa dos princípios e direitos fundamentais. Curitiba, 2006. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/7485/Direito%20como%20Integridade_vers%C3%A3o_final.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 ago. 2014.

MARIA, Regina. FERRARI, Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Dinara de Arruda. Supremacia da constituição. In: NASCIMENTO, Lúcia Maria Barbosa do (Org.). *Anais do XIV encontro preparatório para congresso nacional do CONPEDI 2005*: A Construção do saber jurídico no século XXI. Florianópolis: *Fundação Boiteux*, 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

PISANI, José Roberto, LEAL, Saul Tourinho. Modulação de efeitos em matéria tributária: “ICMS na base da COFINS”; “Prescrição Previdenciária”; e “COFINS – Sociedades Civis”. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT*, Belo Horizonte, ano 6, n. 36, p. 101 – 122, nov./dez. 2008.

RIBEIRO, Diego Diniz. A Modulação de Efeitos do Controle de Constitucionalidade em Matéria Tributária e a Jurisprudência do STF. *Revista Dialética De Direito Tributário,* São Paulo, n. 178, p. 25 – 44. 2010.

SANCHES, Liliane. *A modulação dos efeitos das decisões no controle de constitucionalidade em matéria tributária*, 2012. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/8>. Acesso em: 3 set. 2014.

SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 2011.

VELLOSO, Andrei Pitten. A temerária "modulação" dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade em matéria tributária. *Revista Jurídica Empresarial*. São Paulo, ano 03, n. 12, jan./fev.2010.

O QUE ESTÁ POR TRÁS DA RAZÃO DECISÓRIA? DESMISTIFICANDO A PONDERAÇÃO NA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

WHAT'S BEHIND THE REASONS FOR DECISION? DEMYSTIFYING PROPORTIONALITY IN CONSTITUTIONAL JUSTICE

Francisco Valle Brum[41]

Lourenço Paiva Gabina[42]

RESUMO: O presente artigo analisa decisão do Supremo Tribunal Federal em questão cujos valores em jogo trazem à tona toda a carga de vida do decisor. Aborda aspectos da filosofia ocidental, sobretudo a partir do advento da razão cartesiana. Aborda também a aproximação da razão filosófica à razão prática em julgamentos onde são escolhidas técnicas decisórias a pretexto da aplicação racional de uma norma. Indica que a razão instrumental da metafísica da modernidade permitiu a dominação do homem pelo próprio homem, ou seja, a racionalidade como um projeto violento e arbitrário. Traz esse contexto para a prática, com o intuito de pesquisar o que está por trás do uso racional da técnica da ponderação alexyana e do uso de determinadas terminologias com carga valorativa. Conclui que o discurso judicial ainda fica preso numa retórica onde o uso de alguma técnica racional como fundamento da justificação decisória é apenas um instrumento de arbítrio.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal. Racionalidade. Ponderação. Arbitrariedade Judicial.

---

[41] Mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP, com estudos realizados na Universidade de Granada/Espanha (2013). Especialista em Direito do Estado pela UNIDERP (2011). Possui graduação pela Universidade de Caxias do Sul (2007). Atualmente é Advogado da União - Advocacia-Geral da União. Coordenador de Serviços Públicos da Procuradoria-Geral da União. Ex-Membro do Grupo Permanente de Atuação Pró-Ativa e Combate à Corrupção da Advocacia-Geral da União.

[42] Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2003).Especialista em Direito Constitucional pelo Instituo Brasiliense de Direito Público e em Direito Público pela Faculdade Projeção. Exerceu atividade de Assessor de Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Atualmente é Advogado da União - ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Constitucional e Processual Civil.

ABTRACT: This paper analyzes the Supreme Court decision in question whose values in game bring up all the burden of life's decider. Addresses aspects of Western philosophy, especially since the advent of Cartesian reason. Also discusses the approach of philosophical reason to practical reason in trials where decision-making under the guise of rational application of standard techniques are chosen. Indicates that instrumental reason of metaphysics of modernity allowed the domination of man by man, ie, rationality as a violent and arbitrary design. This context brings to practice, in order to research what is behind the rational use of the technique of alexyan proportionality and the use of certain terminology with evaluative load. Concludes that the judicial discourse is still stuck in the rhetoric where the use of any technique as a basis for rational decision-making justification is only one instrument of arbitrary choice.

Keywords: Supreme Court. Rationality. Proportionality. Judicial discretion.

INTRODUÇÃO

O tema abordado neste artigo se constitui na análise da práxis do Supremo Tribunal ao se deparar com questões cujos valores em jogo trazem à tona toda a carga de vida do decisor. Nesse momento, surge para o intérprete constitucional uma importante indagação: como chegar ao melhor resultado?

Parece ser fora de dúvida de que um dos maiores mitos da ciência do Direito dos últimos dois séculos seja o caráter neutro da jurisdição, sobretudo na dimensão prática. Acontece que é no processo de aplicação da norma que os tribunais deveriam demonstrar como formularam o juízo sobre os conceitos utilizados, já que é no momento da justificação que o magistrado irá levar suas preferências pessoais, seus valores[43], seu modo de ver o mundo a teste.

Este artigo procura, então, responder em que medida o Supremo Tribunal cumpre sua função constitucional de justificação das decisões de forma aberta, transparente. A existência de fundamentação não pode ser traduzida por

[43] FREITAS FILHO, Roberto. *Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões***.** Revista de informação legislativa**,** Brasília**,** a. 44, n. 175, pp. 41-65, jul./set. 2007.

justificação. Utilizar uma doutrina que busca a melhor racionalidade prática também deve ser justificada, sob pena de resultar em um processo arbitrário e violento, no sentido de a legitimidade do juiz decorrer apenas por um ato de força.

No Brasil, parece haver um verdadeiro fetichismo na utilização do princípio (*rectius*: técnica) da ponderação de matriz alexyana, não obstante a importação desta teoria pareça ter se dado de forma incompleta. Aqui, pretende-se avaliar, como objeto de pesquisa, a decisão do Supremo no *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS, o conhecido “caso Ellwanger”. Esse julgado já foi inúmeras vezes investigado pela academia. Contudo, pretende-se fazer uma abordagem diferente. Ao invés de analisar se o *resultado* do julgamento foi ou não correto (racional), buscar-se-á descortinar o caminho adotado, independentemente da conclusão chegada. Quer-se tentar pesquisar se a busca de uma técnica racional decisória pode traduzir as verdadeiras intenções (no sentido de aspectos subjetivos) dos ministros, ou se apenas utilizou-se de uma teoria para chegar às concepções pessoais dos julgadores. E mais: pretende-se verificar se ainda havia outras questões a serem problematizadas dentro do julgamento, como, por exemplo, se as divergências sobre determinado termo são apenas fáticas ou também conceituais.

Como hipótese, tem-se que o processo decisório permanece atrelado à utilização acrítica da ponderação como técnica racional impessoal e objetiva. Além disso, é de se trazer uma questão reflexiva no sentido da responsabilidade na utilização de uma técnica decisória dita racional para justificar um argumento.

Isso porque o esclarecimento do homem, projeto racional-iluminista, ao pretender abrir o mundo ao conhecimento, por intermédio da razão, criou, na verdade, uma sociedade repressora. O Estado mostrou o totalitarismo. O ser humano dominou a natureza e, em uma consequência linear, o próprio ser humano. A racionalização, que até então pretendia sustentar a ciência e a filosofia, ao invés de libertar os homens, possibilitou o seu controle. A ética foi esquecida. A dominação se transformou no mesmo cálculo racional da modernidade cartesiana. Essa é a constatação intimidatória da teoria crítica e que nos permite uma reflexão do que acontece(u) no mundo, sobretudo com o uso da razão instrumental.

Não que as decisões judiciais teriam o poder de concretizar esse diagnóstico pessimista, mas podem, a pretexto do uso perfeito da razão, deixar o jurisdicionado à mercê das arbitrariedades decisórias, do decisionismo, da discricionariedade.

2 A VIOLÊNCIA COMO PROJETO RACIONAL

Trabalhar com a razão requer cuidados. Não se pode utilizar alguma doutrina como se fosse uma verdade absoluta por se pensar ser ela a que melhor representa o acerto de uma decisão, seja ela judicial ou qualquer decisão que exige escolha (razão prática). Desde o início do século XX, a filosofia ocidental radicalizou as discussões dos limites e possibilidades da razão, do sujeito: do dualismo sujeito – objeto.

Com o surgimento do nacional-socialismo, o mundo passou a se perguntar: até quando o mundo se deparará com a dominação? E não apenas a dominação no sentido de o homem apreender o objeto com base primordial no sujeito "assujeitador" do objeto, mas sim a dominação do homem pelo próprio homem em um mundo totalitário. O fascismo e o nacional-socialismo são apenas alguns exemplos recentes dessa situação.

Mas como se inicia um processo de dominação do ser humano pelo próprio ser humano? Houve quem diagnosticasse que a ascensão do nazismo e do fascismo veio acompanhada de um extraordinário desenvolvimento dos meios de comunicação de massa, da propaganda, enfim, do *esclarecimento* da sociedade[44]. Quem buscou teorizar acerca dessa lógica foram, dentre outros, dois autores da chamada Escola de Frankfurt[45] e que podem auxiliar nessa investigação. Adorno e Horkheimer, abandonando um modelo de materialismo transdisciplinar da década de 1930, entendiam que o sistema econômico do capitalismo (que eles denominaram de "mundo administrado") é controlado de fora, de forma política. Porém, esse

---

[44] NOBRE, Marcos. *A Teoria Critica*. Rio de Janeiro: Zahar, 2004, p. 46.
[45] Para Marcos Nobre, em tom crítico, a nomenclatura *Escola* de Frankfurt "passa a impressão de que se trata de um conjunto de autores que partilhavam integralmente uma doutrina comum, o que não é o caso. Ter a obra de Marx como referência, como horizonte comum, não significa partilhar dos mesmos diagnósticos e das mesmas opiniões" (*Idem*, p. 16). Por tal razão, o autor se refere a esses filósofos como integrantes da chamada *teoria crítica*.

controle não é exercido de maneira transparente, mas sim de forma burocrática, segundo, e isso é o que nos importa, a racionalidade própria da burocracia que se chama, em Horkheimer e Adorno, de “instrumental”[46]. Portanto, aqui já se levanta uma hipótese da dominação, ou seja, a dominação como um projeto racional.

Em Duarte, podemos verificar o conceito de *esclarecimento* nos autores frankfurtianos:

> [...] o “Conceito de Esclarecimento” tem como objetivo elucidar o escopo da racionalidade restritiva que tem caracterizado o desenvolvimento da civilização ocidental, cujo programa “era o desencantamento do mundo. Ele [o Esclarecimento] queria dissolver os mitos e desbancar a crendice através do conhecimento”. Em outras palavras, tal conhecimento, oriundo do medo ancestral do homem diante das ameaçadoras forças naturais, se corporificou no conceito moderno de “técnica”, que não tem como objetivo a felicidade do gênero humano, mas apenas uma precisão metodológica que potencialize o domínio da natureza[47].

Os autores detectam que nisso está contido um aspecto repressivo do esclarecimento, uma vez que “só é suficientemente duro para romper com os mitos o pensamento que pratica violência contra si mesmo”[48]. O mundo passa a ser um campo de exploração sistemática, sendo que nessa abordagem do mundo, consagrada pelo conhecimento científico, há uma alienação dos homens com relação às coisas, pagando o acréscimo do seu poder sobre elas “com um estranhamento para com o objeto mesmo do seu poder”[49].

Com Duarte vemos também que a profundidade da alienação que os filósofos detectam no esclarecimento

> Não atinge apenas o relacionamento do homem com as coisas, mas ataca também o cerne das relações humanas com as coisas, que passam a sofrer as consequências de um procedimento teórico e prático que não tem outro objetivo que estender e solidificar o predomínio humano sobre a natureza. Mas também a relação de cada indivíduo para consigo mesmo fica prejudicada, o que é outro modo de mencionar os prejuízos no plano da *psique* aos quais estão submetidas as pessoas que vivem sob a égide do Esclarecimento[50].

---

[46] NOBRE, *op. cit.,* pp. 50-51.
[47] DUARTE, Rodrigo. *Adorno e Horkheimer e a Dialética do Esclarecimento.* Rio de Janeiro: Zahar, 2002, pp. 26-27
[48] *Idem,* p. 27.
[49] *Ibidem.*
[50] *Ibidem,* p. 28

Interessante que o tratamento dado por Adorno e Horkheimer ao tema da racionalidade, e que o torna peculiar, é que muito antes da moderna ciência ser uma meio de intervenção nos processos naturais, os homens já acreditavam poder direcioná-las por intermédio de feitiço ou outras ações não comprováveis de forma científica[51]. Ou seja, o que o pensamento moderno do conhecimento científico passou a possibilitar já aparecia muito antes do século XVII no mito como forma de domar a natureza. Podemos ver nos autores que a discussão, por exemplo, do antissemitismo através de teses, trata “do retorno efetivo da civilização esclarecida à barbárie”[52]. Os autores esboçam, em *Dialética do Esclarecimento*, uma pré-história filosófica do antissemitismo, onde seu “irracionalismo” é derivado da essência da própria razão dominante e do mundo correspondente à sua imagem.

Nas palavras dos professores de Frankfurt

> No sentido mais amplo do progresso do pensamento, o esclarecimento tem perseguido o objetivo de livrar os homens do medo e de investi-los na posição de senhores. Mas a terra totalmente esclarecida resplandece sob o signo de uma calamidade triunfal. O programa do esclarecimento era o desencantamento do mundo. Sua meta era dissolver os mitos e substituir a imaginação pelo saber (...). O casamento feliz entre o entendimento humano e a natureza das coisas que ele tem em mente é patriarcal: o entendimento que vence a superstição deve imperar sobre a natureza desencantada. O saber que é poder não conhece barreira alguma, nem na escravidão da criatura, nem na complacência em face dos senhores do mundo[53].

Nesse ponto, a dominação da natureza se converte com certa facilidade em dominação sobre os homens. “Objetivada, a natureza se transforma em abstração e o sujeito onipotente, dono dos meios que a subjugam, enfrenta as incertezas do mundo com a pretensão de dominá-lo”[54]. A dominação da natureza pelos sujeitos pensantes, contudo, “possibilita que o homem subordine o próprio homem, degradando-o como mero elemento daquela natureza dominada”[55]. Para os frankfurtianos, “sem a menor consideração consigo mesmo, o esclarecimento

---

[51] *Ibidem.*
[52] ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 15
[53] *Idem,* pp. 17-18
[54] BORGES, *op. cit.,* p. 103.
[55] *Idem.*

eliminou com seu cautério o último resto de sua própria autoconsciência"[56].

Do medo o homem presume estar livre no momento em que não há mais nada a ser descoberto. Que tudo já é conhecido. Para Adorno e Horkheimer

> É isso que determina o trajeto da desmitologização e do esclarecimento, que identifica o animado ao inanimado, assim como o mito identifica o inanimado ao animado. O esclarecimento é a radicalização da angústia mítica. A pura imanência do positivismo, seu derradeiro produto, nada mais é do que um tabu, por assim dizer, universal[57] (...). [Ocorre que] o esclarecimento acabou por consumir não apenas os símbolos mas também seus sucessores, os conceito universais, e da metafísica não deixou senão o medo abstrato frente à coletividade da qual surgira. Diante do esclarecimento, os conceitos estão na mesma situação que os aposentados diante dos truste industriais: ninguém pode sentir-se seguro[58].

Apesar de se ter iniciado o presente capítulo tratando do totalitarismo fascista, em Adorno e Horkheimer podemos perceber que, diante do estágio mais baixo de degradação do ser humano, não se hesitou em acusar a própria razão como causa da irracionalidade e do mal absoluto, tornando-se um paradoxo: a razão como a própria responsável por lançar a sociedade para a barbárie[59]. Contudo, o traço surpreendente de sua denúncia *não estava* em indicar a barbárie como prerrogativa exclusiva de regimes totalitários. Vemos em Borges que

> O conhecimento teórico teria sustentado um processo de dominação e desumanização subjacente também às bases da democracia ocidental. Portanto, o fascismo, naquele momento o maior exemplo da radicalidade do mal, não se configuraria como reação histórica pré-civilizatória ao esclarecimento, mas um produto tão consistente quanto os encontrados em qualquer outra sociedade de consumo. O fenômeno não é um traço próprio de regimes autoritários, portanto, mas uma contradição característica do tipo de racionalização dos modos de produção do capitalismo, qualquer que seja sua forma de expressão política. A barbárie está, portanto, em toda a parte, esperando apenas uma oportunidade para mostrar sua face[60].

Portanto, é sintomático perceber que a racionalidade do homem permitiu a dominação dos povos inclusive em democracias ocidentais. Pelo menos esta é a conclusão do autores de Frankfurt. O objetivo do trabalho de Adorno e Horkheimer é

---

[56] *Ibidem.*
[57] *Op. cit.,* p. 26.
[58] *Idem,* p. 31.
[59] BORGES, *op. cit.,* p. 103.
[60] *Idem.*

compreender como a humanidade, ao invés de encontrar sua redenção pelo esclarecimento se degradou em sucessivos processos de autodestruição, ao percorrer um caminhando para uma nova forma de barbárie[61]. "A falência dos valores humanistas se expõe na transformação dos indivíduos em seres genéricos, vazios, iguais uns aos outros pelo isolamento na coletividade, dominada pela força"[62].

Mas esse diagnóstico pessimista pode ser transportado para o discurso judicial? A partir do momento em que vemos que o tratamento dado pelo Judiciário a temas de alta repercussão político-social se dá com base em um uso da razão como técnica decisória perfeita, podemos ter como hipótese que o Judiciário não terá o poder de transformar uma sociedade em um mundo administrado, totalitário. Porém, essa forma de tratamento também pode ser traduzida como uma violência, como uma correção apenas pelo poder. É o que veremos.

3 RAZÃO DECISÓRIA E VIOLÊNCIA: A ARBITRARIEDADE PONDERATIVA NO JULGAMENTO DO HC N.º 82.424/RS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Já é por demais conhecida a teoria alexyana. Segundo Alexy, o julgador deve buscar uma decisão "racional" diante de conflitos entre princípios constitucionais que asseguram direitos e garantias fundamentais, tendo como parâmetro a análise do princípio da proporcionalidade, e fazer a opção pelo princípio que contenha o mandamento que proporcione a satisfação de um dever ideal, já que princípios são comandos de otimização e, como tal, pressupõe que algo seja realizado na maior medida possível[63].

---

[61] BORGES, *op. cit.,* p 104.
[62] *Idem,* p. 105.
[63] BAPTISTA, Isabelle de. *A desconstrução da técnica da ponderação aplicável aos direitos fundamentais, proposto por Robert Alexy: uma reflexão a partir da filosofia de Jacques Derrida*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 77, n. 4, ano XXVIII, pp. 96-112, outubro/novembro/dezembro 2010.

Alexy, portanto, formula uma teoria constitucional que visa a atribuição de uma racionalidade à prática judicial alemã[64]. A importação desse modelo para o Brasil, principalmente por meio de autores da Península Ibérica[65], implicou a ampliação de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal. Os problemas da utilização dessa técnica pretensamente racional, portanto, desembocam na questão da arbitrariedade na definição dos elementos da teoria constitucional, e, por conseguinte, em decisionismos e violência a partir do juízo empregado no caso concreto.

O exemplo trazido para análise é o acórdão no qual o Supremo Tribunal Federal denegou a ordem pleiteada no *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS. O *Habeas Corpus* n.º 82.424/RS foi impetrado por Siegfried Ellwanger em face de acórdão do STJ que indeferira outro *writ*, visando ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva em concreto, em virtude da condenação do paciente a dois anos de reclusão, pela prática do crime previsto no art. 20 da Lei n.º 7.716/89[66]. O fato delituoso consistiu na edição e publicação de obras escritas de conteúdo antissemita, cujo fundamento assentava-se na doutrina nazista. O *habeas corpus* apresentava objeto restrito: a interpretação do art. 5º, XLII, da CF/88, que determina a imprescritibilidade do crime de racismo. A questão trazida na demanda, portanto, dizia respeito à definição de racismo, e, por conseguinte, se uma ofensa ao povo judeu consistia racismo. A discussão se estendeu, ainda, para outro enfoque: os limites à liberdade de expressão em face de outros valores protegidos pela Constituição.

O ponto relevante surgido durante o julgamento do *habeas corpus* diz respeito aos limites constitucionais à liberdade de expressão. Veja-se que a inclusão desse debate no julgamento já pode ser considerado um ato arbitrário, pois, a título

---

[64] Alexy parte da análise dos casos *Wencker* (BVerfGE 19, 342), *Lebach* (BVerfGE 35, 202), *Arbeitnehmerkammern*, (BVerfGE 38, 281), *Mephisto* (BVerfGE 30, 173), *Cannabis* (BVerfGE 90, 145) e *Tabakwarnhinweise* (BVerfGE 95, 173) para formular a sua teoria. Cf. ALEXY, Robert. ***Teoria dos Direitos Fundamentais***. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

[65] SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

[66] "Art. 20. Praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional" (Redação dada pela Lei n.º 8.081/90, à época do fato).

de se discutir a possibilidade do deferimento de *habeas corpus* de ofício, o colegiado analisou tema que sequer foi levantado na petição inicial. Um caso que dizia respeito à prescritibilidade de um determinado fato típico se transformou em um juízo a respeito da colisão entre direitos fundamentais. Nesse processo, o STF cria o problema referente à limitação à liberdade de expressão em relação aos discursos de ódio (*hate speech*)[67]. Observa-se, assim, que a Corte sentiu a necessidade de se posicionar em relação a esse potencial conflito entre princípios constitucionais (não se restringindo, portanto, à mera definição do significado de um termo constitucional), provavelmente para firmar posição histórica diante de um tema que já foi tratado, por exemplo, pelos tribunais alemão e norte-americano, que influenciam bastante o pensamento de nosso Supremo.

Discutiu-se, assim, se a edição de livros antissemitas configuraria ou não o exercício regular da liberdade de manifestação do pensamento, bem como se essa prática se chocaria com a previsão de respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade, à imagem, à vida privada e à honra. Os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio Mello reconheceram no argumento um problema de colisão de princípios, cuja solução se dá pelo juízo de proporcionalidade de matiz alexyana[68].

---

[67] Para Michel Rosenfeld, *hate speech* é o discurso para promover o ódio baseado na raça, religião, etnia ou nacionalidade (ROSENFELD, Michel. ***Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a comparative analysis.*** Cardozo Law Review, New York, 24, n. 4, abril 2003, p. 2). Waldron afirma que o fenômeno chamado *hate speech* “cobre coisas diversas como cruzes queimadas, termos racistas, insultos a religiões, descrições ofensivas de minorias em folhetos, pôsteres ou na internet, chamados para se unirem contra membros de um grupo odiado, neonazistas marchando em subúrbios com suásticas e placas dizendo que Hitler deveria ter terminado o trabalho” (WALDRON, Jeremy. ***Dignity and Defamation: the visibility of hate***. Harvard Law Review, 123, n. 7, maio 2010, p. 1600) [tradução livre].

[68] "É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do sistema democrático, que pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos. O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um ‘limite do limite’ ou uma ‘proibição de excesso’ na restrição de tais direitos.” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, pp. 657-658). A respeito do princípio da proporcionalidade, ver ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 85-120; ALEXY, Robert. Los principales elementos de mi filosofia del derecho. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho*, vol. 32. Alicante: Universidade de Alicante, 2009, pp. 67-84; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel*

Entretanto, apesar da identidade metodológica, as decisões foram proferidas em sentido oposto. O Min. Gilmar Mendes entendeu que a condenação é adequada para se alcançar a salvaguarda de uma sociedade pluralista, na qual reine a tolerância; é necessária, pois não há outro meio menos gravoso e eficaz para se alcançar o fim almejado, pois a própria Constituição impõe a criminalização do racismo e o qualifica como crime imprescritível; e a decisão atende à proporcionalidade em sentido estrito, já que a liberdade de expressão não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência[69]. De outro lado, em seu voto, o Min. Marco Aurélio Mello afirmou que a) condenar o paciente e proibir a divulgação de suas obras não é o meio adequado para acabar com a discriminação do povo judeu, pois a mera transmissão de seu pensamento não implica a concordância do leitor, nem significa que passarão a discriminar judeus; b) já que não é possível a aplicação de outro meio menos gravoso, deve o STF conceder a ordem; c) a restrição não é proporcional, pois não há indícios de que as publicações incitarão práticas de violência contra judeus.

Surgem, novamente, os questionamentos acerca da resposta correta, ou seja, da interpretação da Constituição a partir de uma teoria constitucional que propõe a obtenção do resultado "racional". Talvez seja o caso de se discutir qual voto realizou um juízo de proporcionalidade mais consentâneo com a teoria proposta por Alexy[70]. Por outro lado, não se verifica nenhum sentido nesse método de análise, já que, segundo Habermas, juízos de ponderação não são viáveis em relação a normas, mas tão-somente quanto a valores, e não cabe ao Judiciário

---

*e de seus limites***.** 2008, 393 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade de Brasília, Brasília, 2008. [Disponível em <http://hdl.handle.net/10482/5128> Acesso em 21.10.2013].

[69] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, pp. 669-670.

[70] Em tese de doutorado, Fausto Santos de Morais defende que, em 189 decisões em que o STF aplicou o juízo de proporcionalidade entre 07/07/2002 a 07/07/2012, em nenhuma delas respeitou-se os ditames da teoria de Robert Alexy. Cf. MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal***.** 2013, 346 f. Tese (Doutorado em Direito)- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. [Disponível em <http://biblioteca.asav.org.br/vinculos/000006/000006DF.pdf> Acesso em 15.05.2014]. Críticas específicas à aplicação do princípio da proporcionalidade no HC n.º 82.424/RS encontram-se em OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: o HC n. 82.424-2. In: *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 263-265; STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 50.

decidir os casos a partir de uma ponderação de valores[71]. A aplicação do princípio da proporcionalidade, por si só, já configuraria o arbítrio.

O dissenso entre os votos proferidos, a partir da aplicação da mesma teoria da interpretação, apenas comprova as dificuldades da definição de critérios rígidos de julgamento, a partir de abstrações gerais. Reflete, ainda, a inutilidade de um método pretensamente racional para a resolução do caso concreto, já que outros argumentos mais eficazes foram empregados nos votos ora analisados.

Se olharmos mais de perto o voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes, percebemos, inicialmente, uma apresentação da concepção de liberdade de expressão e de discurso de ódio, ao lado de máximas no sentido da impossibilidade de se atribuir primazia absoluta à liberdade de expressão. O voto segue para a análise do princípio da proporcionalidade, limite do limite, núcleo essencial, adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito (elementos da Teoria dos Direitos Fundamentais). Passa-se, enfim, à análise do caso concreto, dos textos antissemitas publicados, para se concluir o seguinte: "Fica evidente, igualmente, que se não cuida, nos escritos em discussão, de simples discriminação, mas de textos que, de maneira reiterada, estimulam o ódio e a violência contra os judeus"[72]. Este é o fundamento mais importante dessa parte do voto. Trata-se, aqui, da análise das consequências que a manutenção do acesso público aos escritos antissemitas podem causar à comunidade.

---

[71] "Princípios ou normas mais elevadas, em cuja luz outras normas podem ser justificadas, possuem um sentido deontológico, ao passo que os valores têm um sentido teleológico. (...) Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira". (HABERMAS, *op. cit.*, p. 258). "Tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação. A distinção entre esses tipos de regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela 'ponderação dos bens' nas demais doutrinas metodológicas -, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica". (*Idem*, pp. 316-317).

[72] BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, p. 670.

Esse fundamento é tão importante que o ministro Marco Aurélio Mello, em seu voto, tratou de impugná-lo. Em sua análise a respeito dos elementos do princípio da proporcionalidade, o ministro indaga: "Como é possível que um livro, longe de se caracterizar como um manifesto retórico de incitação à violência (...) transforme-se em um perigo iminente de extermínio do povo judeu, especialmente em um país que nunca cultivou quaisquer sentimentos de repulsa a esse povo?"[73].

Observa-se que, nos dois votos que aplicaram o juízo da proporcionalidade, a questão em debate não dizia respeito aos requisitos e pressupostos da teoria (exatamente pelo fato de se tratar da mesma teoria), mas ao contexto histórico da discriminação do povo judeu no Brasil, bem como às consequências advindas da leitura dos livros do paciente. Esse foi o debate real, que restou coberto por meio da aplicação da teoria constitucional. Portanto, é muito mais útil e democrático que o Poder Judiciário exponha esses argumentos abertamente, para debate com a sociedade, ao invés de buscar uma suposta isenção a partir da utilização de uma teoria constitucional que, conforme demonstrado, está sujeita a arbítrios tanto na sua formulação quanto na sua aplicação.

4 A DISSIMULAÇÃO DECISÓRIA. O QUE ESTÁ POR TRÁS DE TODA UMA RETÓRICA

E o problema de se utilizar uma doutrina como a forma correta e racional para se chegar à conclusão ainda apresenta outro grande problema, qual seja, os argumentos que estão dissimulados dentro do contexto linguístico-discursivo da decisão.

Sobre isso, há um ponto esclarecedor desse diagnóstico que se refere ao conceito de racismo previsto no art. 5º, XLII, da CF/88. Em seu voto, o ministro Moreira Alves privilegiou a intenção do constituinte na definição do termo[74], recorrendo a textos e discursos produzidos no âmbito da Assembleia Nacional

---

[73] *Idem,* p. 888.

[74] "O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para a interpretação que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorrer dele – converge para dar a "racismo" o significado de preconceito ou de discriminação racial, mais especificamente contra a raça negra." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, p. 536).

Constituinte que, na sua visão, refletiam o momento histórico da edição do texto, decisivos para a definição de seu significado no caso concreto.

Trata-se de uma interpretação da norma constitucional que pode ser chamada de originalista[75]. Dworkin, por exemplo, critica essa forma de interpretação[76]. Deparamo-nos, novamente, com a discussão acerca da melhor forma de se interpretar o texto constitucional. Para o pragmatismo jurídico, como já dito, essa discussão é superada pela noção de que não é possível definir qual a interpretação correta, não havendo para o juiz nenhum dever de se submeter às intenções do legislador.

O voto do ministro Moreira Alves trouxe ainda outro argumento interessante: estudos antropológicos e de textos editados por membros da comunidade judaica afirmam que judeu não é raça. Logo, discriminar judeus não constituiria racismo[77].

O entendimento, entretanto, foi superado pelo voto dos demais ministros da Corte, que conceberam um significado social à expressão racismo, já que, cientificamente, não seria mais possível a distinção de seres humanos entre raças. O ministro Maurício Corrêa afirmou que "a existência de diversas raças decorre de mera concepção histórica, política e social, e é ela que deve ser considerada na aplicação do direito"[78]; para o ministro Gilmar Mendes, "o conceito jurídico de racismo não se divorcia do conceito histórico, sociológico e cultural assente em referências supostamente raciais, aqui incluído o anti-semitismo"[79]; o ministro Carlos Veloso afirmou que "culturalmente, sociologicamente, esses grupos humanos podem ser diferenciados"[80]; o Min. Nelson Jobim assentou que "esta conceituação

---

[75] "Originalismo é a posição, defendida por Antonin Scalia, Robert Bork, Clarence Thomas e outros teóricos, de que o significado da norma constitucional deve ser encontrado a partir de referências ao entendimento original daqueles que a editaram." (SMITH, Tara. Why originalism won't die - common mistakes in competing theories of judicial interpretation. In: *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*. v. 2, 2007, p. 159) [tradução livre].
[76] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 57-64.
[77] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, p. 540-545.
[78] *Idem*, p. 568.
[79] *Ibidem*, p. 649.
[80] *Ibidem,* p. 683.

de racismo é claramente pragmática; vai se verificar caso a caso"[81]; para a ministra Ellen Gracie, "muito embora o racismo não possa ser 'justificado por fundamentos biológicos, ele, no entanto, persiste como fenômeno social'"[82]; o ministro Sepúlveda Pertence entendeu "que há de partir-se de um fenômeno histórico indiscutível, o racismo, para, então, verificar que o alvo do racismo não é necessariamente uma raça, como conceito antropológico, mas, sim, um grupo humano diferenciado, identificado historicamente e, historicamente, alvo do racismo"[83].

Percebe-se que o Supremo Tribunal Federal buscou no contexto, na historicidade do termo, o significado da expressão "racismo" no texto constitucional. Não há a invocação de uma teoria constitucional para fundamentar a decisão. O único voto que buscou amparo em uma teoria da interpretação concluiu pela prescritibilidade do crime praticado, tendo em vista que a intenção do constituinte não contemplava os judeus na proteção constitucional. À Corte, entretanto, interessava a punição do paciente, sendo necessária a construção de uma definição cultural, sociológica, de racismo. Observa-se aqui a influência do contexto na decisão proferida pelo tribunal.

O interessante é que a mesma discussão aqui exposta, travada no julgamento do HC n.º 82.424/RS, pode ser vista sob outro prisma. É possível afirmar que o voto proferido pelo ministo Moreira Alves apresenta argumentos "técnicos", “racionais”, e, de certa forma, imbatíveis se confrontados dentro dos limites das tradicionais teorias interpretativas. O voto está imune às críticas feitas ao originalismo, porque, como bem salienta o ministro, a Constituição de 1988 é um texto recente, sendo extremamente plausível a pesquisa - como de fato se deu - acerca da intenção dos formuladores da cláusula da imprescritibilidade do crime de racismo. Não se trata de um documento de duzentos anos. Adicione-se a tais argumentos a lição de que, em se tratando de norma penal prejudicial ao réu, a interpretação deve se dar restritivamente[84]. Os demais ministros, como visto, com

---

[81] *Ibidem*, p. 692.
[82] *Ibidem*, pp. 754-755.
[83] *Ibidem,* p. 1001.
[84] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, pp. 599.

base em concepções culturais e sociais a respeito do racismo, optaram por ampliar a extensão do significado da norma penal que refletiu um prejuízo ao réu.

O voto do ministro Moreira Alves foi técnico, sem dúvida. Mas seria esta uma posição viável a ser defendida pelo Supremo? Seria interessante à Corte permitir a difusão de ideias nazistas? Certamente que não. Tanto é que, em seu voto, o ministro Maurício Correa, que abriu a divergência, discorreu longamente acerca do sofrimento imposto aos judeus ao longo da história:

> se formos catalogar todo o sofrimento dos judeus desde a época em que Abraão saiu de Ur até hoje, presenciaremos repetidos fatos - amargos e terríveis - que macularam a história, humilhando e martirizando não uma raça - salvo as tresloucadas concepções de Hitler e de seus asseclas -, mas um povo. E a mais dura quadra, a mais triste, a mais cruel, aquela que nos deixou marcados para o resto da vida foi a da Segunda Guerra Mundial, em que seis milhões de judeus foram mortos, exterminados nos campos de concentração de Auschwitz, de Dachau e em tantos outros. Antes, porém, experiências sem nenhum sentido científico utilizaram esses seres humanos como cobaias, legando a alguns sobreviventes, a seus amigos e familiares, e à humanidade como um todo lúgubres memórias e marcas indeléveis de dor e de aflição.[85]

Logo, a partir de uma avaliação do contexto histórico que envolvia a decisão do caso concreto, não foi difícil para o STF emitir um juízo amplo e voltado para a realidade cultural e social acerca do termo "racismo". Principalmente no que toca à aceitação dessa posição pela opinião pública. Tanto é que ao art. 20 da Lei n.º 7.716/89 foi incluído, anos antes do julgamento (em 1997, após a data do fato), o parágrafo primeiro, tipo penal que punia, de dois a cinco anos de reclusão, além de multa, os atos de “fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo”. Isso já demonstrava a ampla aceitação da comunidade à restrição a manifestações nazistas, indicando, portanto, a sua concordância com eventual proibição, pelo Supremo, ao discurso antissemita e revisionista dos fatos ocorridos na 2ª Guerra Mundial.

O Supremo posicionou-se a respeito da extensão da imprescritibilidade do termo "racismo" no art. 5º, XLII, da CF/88, atento ao contexto histórico, cultural e

[85] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 82.424-2, pp. 562-563.

social que envolvia o caso, bem como às consequências da decisão, que, se fosse em sentido contrário - ainda que técnica ou conforme uma teoria constitucional amplamente aceita -, rotularia o Supremo como tribunal que autoriza o discurso nazista e que não reconhece o sofrimento histórico do povo judeu, e tampouco antevê o possível crescimento do ódio a esse povo a partir da difusão das ideias defendias pelo paciente. Essa pretensão da corte, entretanto, ficou encoberta pela utilização da retórica das teorias constitucionais, que visam a revestir a decisão de uma suposta racionalidade.

Ainda dentro dessa *falta da problematização* do julgamento, pergunta-se: o que são a "liberdade de expressão", a "igualdade", exaustivamente citados nos acórdãos? Será que o que eu entendo por "dignidade da pessoa humana", é a mesma coisa que outra pessoa pensa? Ou seja, será que o conceito desses termos são iguais para todo mundo? Aqui, podemos aplicar a discussão travada entre Dworkin e a Escola Analítica, representada sobretudo por Hart, quando se afirma que o professor inglês pensa que as discussões intersubjetivas são apenas discussão sobre fatos, ou apenas criteriológicas[86], por compartilharmos a mesma semântica, os mesmos aspectos linguísticos. Mas aqui se compartilha do aspecto complexo do Direito referente à importância das divergências *teóricas* sobre os conceitos jurídicos, o que não teria sido percebido pelo positivismo metodológico, sobretudo de matriz hartiana[87].

---

[86] Parte-se desse termo para indicar e classificar a doutrina que defende que as divergências existentes entre as pessoas se dão apenas quanto aos fatos e não quanto aos conceitos, já que teríamos, diante do uso comum e compartilhado da nossa linguagem, sempre os mesmos "critérios" para identificar alguma coisa. Por exemplo, um veículo automotor somente seria aquele que possui quatro rodas (aqui está um critério que em tese seria compartilhado) e fosse movido a combustível (outro critério). Como se postula neste trabalho, isso pode servir para identificar alguma coisa do nosso cotidiano (um veículo, uma cadeira, uma cama etc.), mas não se torna útil para identificar conceitos do Direito (por exemplo, justiça, justiça social, igualdade etc.).

[87] Pode-se dizer que Hart iniciou uma virada metodológica em relação ao positivismo de cunho analítico ao incluir no paradigma representacional-descritivo um componente reflexivo fruto do ponto de vista interno. A utilização dessa diferenciação pode ser compreendida a partir da percepção de que enunciados jurídicos podem descrever algo, representando a realidade. Busca-se, com isso, superar o ideal epistemológico do realismo escandinavo de uma "concepção absoluta de mundo" (fisicalista). Em breves linhas, o realismo escandinavo (que tem como representantes, dentre outros, os importantes nomes de Olivecrona e Alf Ross) não acredita no mero uso descritivo da linguagem, uma vez que os termos dos enunciados jurídicos não têm referência na realidade, não podendo a eles ser atribuído qualquer valor de verdade. Ao contrário do positivismo metodológico, o realismo escandinavo não vê a possibilidade de interpretar enunciados jurídicos em termos de fatos brutos

O que é necessário para compreender este ponto é que, em Hart, os padrões de comportamento devem ser *aceitos* (convenção) de forma crítico-reflexiva e que, aí já incorporando a crítica de Dworkin, a teoria analítica hartiana apresenta os critérios do Direito como consistindo em *fatos evidentes*, fixados de forma incontroversa tanto pelo vocabulário do Direito (versão semântica) quanto por um *compartilhamento* entre juízes e advogados[88]-[89]. Portanto, aqui já verificamos as críticas que serão fortemente levantadas por Dworkin a Hart. A que de fato nos interessa se refere à *tese das fontes sociais do Direito*, denominada pelo jusfilósofo norte-americano de tese do *pedigree*. Segundo ela, o fundamento de validade das normas deve-se a uma questão de *simples fatos*, sendo que a regra de reconhecimento apenas existiria como uma prática complexa ao identificarem o Direito por referência a certos *critérios*[90]. O Direito de uma determinada comunidade seria constituído, assim, por um conjunto de *standarts* reconhecidos como válidos em função de um caráter autoritativo, em função de seu "pedigree"[91].

Para Dworkin, o que conta na identificação jurídica são as nossas percepções morais, éticas e políticas *interpretativas*, e não meramente reflexivas e convencionais, como quis Hart. Por ser de suma importância, alerta-se: assim como a *aceitação* de um padrão de comportamento da teoria de Hart não se reduz a uma mera observação externa de um padrão e que a atitude interna não implica um

---

(hábitos), restando, então, apenas eliminá-los. Nas palavras de Michelon Jr., a existência de termos como "direito subjetivo" ou "dever jurídico" levou essa corrente a entender que "Continuar utilizando estes termos como se eles tivessem uma referência 'real` é admitir a existência de entidades metafísicas (aquelas que não se encontram no mundo objetivamente considerado). O combate à tentação de admitir a existência de entidades metafísicas (constantes da Ciência do Direito) é uma das bandeiras do Realismo Escandinavo [...]" (MICHELON JR., Cláudio Fortunato. *Aceitação e Objetividade. Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo; RT, 2004, pp. 63-64).

[88] DWROKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, Cap. IV.

[89] No já referido pós-escrito de *O Conceito de Direito*, Hart busca refutar essas percepções dworkinianas acerca de sua obra (HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, pp. 316-323).

[90] É de Ronaldo Porto a síntese da concepção dimensional de regra e critérios de avaliação hartianos: "Para ele (Hart), o *conceito de regra* envolve tanto uma dimensão externa (como um fato) quanto uma dimensão interna não reduzível a fatos brutos, mas sim a 'razões para agir'. Razões não são fatos do mundo, mas *critérios* (g.n.) de avaliação que podem ser compreendidos, ensinados e utilizados" (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia. Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 285).

[91] *Idem*, p. 160.

sentimento (conforme querem os realistas escandinavos), ela - a *aceitação* hartiana - apesar de incorporar um componente crítico-reflexivo, tampouco envolve a *aprovação* do padrão *do ponto de vista ético-político*, ou seja, “ela não envolve a aprovação do valor moral que veicula”[92].

Então, parte-se dessa discussão para indicar que o problema é que não conseguimos estabilizar semanticamente[93] a aplicação de uma norma relativamente a termos com palavras de conteúdo valorativo, como é o caso, por exemplo, de “liberdade de expressão”, “igualdade” ou “dignidade”. Em nenhum momento nos acórdãos citados demonstrou-se uma preocupação com essa questão.

Já se disse que no processo de aplicação da norma os tribunais deveriam demonstrar como formularam o juízo sobre esses conceitos, já que é no momento da justificação que o magistrado irá levar suas preferências pessoais, seus valores[94], seu modo de ver o mundo a teste. Conforme Freitas Filho, quanto mais “justificada for a decisão, mais clara ficará a opção política do juiz e mais visíveis ficarão eventuais incoerências entre diversas decisões de tal juiz”[95].

O Supremo utilizou apenas de princípios como argumento retórico, sem justificar claramente a aplicação deles, deixando de problematizar a questão. Ao trazer a liberdade, a igualdade, a ponderação de princípios como salvaguarda de todos os problemas teóricos e práticos do caso, os decisores caíram na discricionariedade positivista. Tudo isso é agravado pelo fato de que se caiu também no aguilhão semântico denunciado por Dworkin[96], uma vez que implicitamente se

---

[92] *Ibidem*, p. 134.
[93] FREITAS FILHO, *op. cit.,* 2007.
[94] *Idem*.
[95] *Ibid.*
[96] O autor associa o aguilhão semântico à incapacidade das teorias do Direito reconhecerem desacordos teóricos. Diz Ronaldo Porto que essa imagem do aguilhão (da ferroada) é utilizada para designar a razão “filosófica” pela qual os positivistas da concepção absoluta do mundo exigem que os fundamentos do Direito sejam por consenso (sem convicções particulares). “A hipótese levantada é de que esse tipo de exigência tipo de exigência assume tacitamente uma semântica criterial (e fisicalista)”, segundo a qual somente compartilhamos conceitos se também compartilharmos “os critérios para a sua correta aplicação”, o que implicaria que as sociedades somente poderiam utilizar o mesmo conceito de Direito caso tivessem acordos (consensos) dos critérios (MACEDO JR., *op. cit.,* 2013, p. 181).

entendeu que não haveria divergência sobre o conceito de "*hate speech*"[97]. Para o Tribunal, sequer houve necessidade dessa discussão. O conceito adotado apareceu como algo autoevidente[98] na decisão, o que nos leva a concluir que os tribunais, ao preencherem as expressões valorativas presentes ou não na norma, deixaram de apontar os critérios utilizados para determinar o motivo de sua consideração.

Por óbvio, o Judiciário poderia fazer essa problematização e chegar ao mesmo resultado, ou seja, à vedação à publicação de livros de conteúdo antissemita. Mas isso mostra que há um déficit de justificação nos tribunais brasileiros, com potenciais problemas de índole prática.

Quer-se dizer, então, que não nos parece acertado simplificar o Direito a ponto de se pensar que sempre compartilhamos de critérios-comuns acerca do conceito de algo. A posição de que as divergências são apenas factuais, justamente por partilharmos desses mesmos critérios, pode ser útil para identificarmos o conceito de carro, bicicleta, televisão etc., mas isso se torna impossível para identificarmos o conceito de Direito, de liberdade, de igualdade, etc[99]. Pertinente a leitura de Ronaldo Porto sobre esse aspecto:

> [...] a despeito de Dworkin ter ou não razão em atribuir a Hart a aceitação de uma concepção semântica criterial, o ponto central de seu argumento sobre o desacordo teórico subsiste mesmo diante de uma concepção não semântica. Isso porque seu argumento não pressupõe que inexistam situações de desacordo que podem ser explicadas por concepções semânticas. Ele afirma, porém, que há tipos de desacordo, notadamente aqueles tão comuns nas práticas argumentativas jurídicas, que não podem ser assim explicados[100].

---

[97] É interessante observar que, assim como a discussão a respeito do conflito entre liberdade de expressão e igualdade foi embutido artificialmente no julgamento, a introdução do termo *hate speech* ("discurso do ódio", forjado pela doutrina norte-americana) se deu com base em um único autor norte-americano (Kevin Boyle), que se posiciona contra a possibilidade de emissão desse tipo de discurso, no intuito de se fundamentar na autoridade do teórico. Ora, se é o caso de se discutir, de fato, a questão do discurso do ódio, por que o STF não citou Dworkin, que tem entendimento diametralmente oposto? (Cf. DWORKIN, Ronald. Foreword. In: *Extreme speech and democracy*. Oxford University Press, 2009).

[98] *Ibid.*

[99] "Os conceitos de liberdade, democracia etc. funcionam [...] como conceitos interpretativos de *valor*: seu sentido descritivo é contestado, e a contestação gira em torno de qual especificação de um sentido descritivo melhor apreende ou melhor dá conta desse valor. O significado descritivo não pode ser removido da força valorativa porque o primeiro depende do segundo desse modo particular" (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 212).

[100] MACEDO JR., *op. cit.,* p. 185.

É necessário um aspecto interpretativo da prática social sobre esses conceitos, já que essa análise é sempre substantiva e engajada. Como diz Dworkin, "O direito não é esgotado em nenhum catálogo de regras e princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos [e nem] por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas"[101].

CONSIDERACÕES FINAIS

A racionalidade instrumental já não é mais capaz de convencer as pessoas acerca de uma determinada proposição. A justificação de uma ação ou decisão já não se sustenta apenas a partir da adoção de uma técnica ou método de articulação de argumentos, silogismos, que nos quais já estariam contidos os pressupostos necessários para a atribuição de correção ao juízo atingido.

Adorno e Horkheimer nos apresentam com clareza a que, por trás de uma racionalidade pode-se encontrar um projeto de dominação social. Da busca pela dominação da natureza passamos à dominação do homem sobre o homem. Do mito como forma de explicação dessa dominação passamos à racionalidade.

O Poder Judiciário, na sua atividade de resolução das controvérsias – e, portanto, por emitir juízos acerca das ações humanas – não se distancia desse papel de dominação por meio da racionalidade. A decisão judicial, como instrumento deste poder, capaz de alterar a realidade, é fundamentada a partir de critérios que visam a estabelecer uma capa de racionalidade ao juízo, a fim de que não seja possível a sua impugnação.

A racionalidade, após os fatos provocados pelo nacional-socialismo, é capaz de provocar a emissão de juízo diverso a respeito, por exemplo, da discriminação ao povo judeu. A questão, portanto, não é a de saber qual a "melhor" racionalidade, a "melhor" técnica de avaliação de condutas humanas, mas sim de averiguar se é, de fato, a razão capaz de *justificar* a escolha arbitrária estabelecida pelo julgador. E se, diante do quadro indicado por Adorno e Horkheimer, bem como

---

[101] *Op. cit.,* 2007, p. 492.

do verificado no acórdão do Supremo Tribunal Federal, ainda é possível aceitar passivamente a justificação de uma decisão judicial embasada em uma teoria constitucional, ou seja, construída a partir de elementos arbitrariamente eleitos (fundamentados numa pretensa racionalidade objetiva e emancipadora) como argumentos a serem desenvolvidos para a construção da resposta.

A Escola de Frankfurt nos apresenta instrumentos aptos à formulação da crítica à racionalidade inserida em teorias da argumentação como a de Robert Alexy. O esclarecimento, ao invés de libertar, domina. Ao invés de se expor efetivamente os critérios de justificação de uma decisão judicial, a partir da indicação clara dos pressupostos que levaram à construção do tecido argumentativo, encobre-se. E isso procurou-se também demonstrar com base no fato de que há dissimulação no discurso jurídico quando se parte do pressuposto de que nossas divergências são apenas fáticas e não teóricas, conceituais.

A racionalidade, assim, é manipulada como instrumento de dominação, de interdição do debate – pois esse somente é possível em um ambiente no qual restem claras as razões da decisão, a justificação de determinada conduta ou proposição. Observa-se, portanto, a importância da crítica proposta por Adorno e Horkheimer à racionalidade, bem como a sua plena aplicabilidade aos juízos decisórios emitidos pela Corte Constitucional brasileira. É somente a partir do debate franco a respeito dos elementos que levam à construção dos edifícios teóricos pretensamente racionais que se pode afastar a dominação, o que é basilar para o reconhecimento da legitimidade da atividade jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. e HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

ALEXY, Robert. ***Teoria dos Direitos Fundamentais***. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

________. Los principales elementos de mi filosofia del derecho. In: *Doxa – Cuadernos de Filosofia del Derecho*, vol. 32. Alicante: Universidade de Alicante, 2009.

BAPTISTA, Isabelle de. *A desconstrução da técnica da ponderação aplicável aos direitos fundamentais, proposto por Robert Alexy: uma reflexão a partir da filosofia de Jacques Derrida*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 77, n. 4, ano XXVIII, pp. 96-112, outubro/novembro/dezembro 2010.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional: pressupostos de fato e teóricos reveladores do seu papel e de seus limites*. 2008, 393 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

CAMARGO, Silvio César. *Modernidade e dominação. Theodor Adorno e a teoria social contemporânea*. São Paulo: Annablume, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

________. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, Cap. IV.

________. Foreword. In: *Extreme speech and democracy*. Oxford University Press, 2009.

________. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DUARTE, Rodrigo. *Adorno e Horkheimer e a Dialética do Esclarecimento.* Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

FREITAS FILHO, Roberto. *Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões*. Revista de informação legislativa, Brasília, a. 44, n. 175, pp. 41-65, jul./set. 2007.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia. Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. *Aceitação e Objetividade. Uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo; RT, 2004.

MORAIS, Fausto Santos de. *Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal*. 2013, 346 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

NOBRE, Marcos. *A Teoria Critica.* Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Uma crítica à ponderação de valores na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal: o HC n. 82.424-2. In: *Constituição e estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

ROSENFELD, Michel. ***Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: a comparative analysis.*** Cardozo Law Review, New York, 24, n. 4, abril 2003.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

SMITH, Tara. Why originalism won't die - common mistakes in competing theories of judicial interpretation. In: *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*. v. 2, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WALDRON, Jeremy. ***Dignity and Defamation: the visibility of hate***. Harvard Law Review, 123, n. 7, maio 2010.

A CRIMINOSA AMBIENTAL NA CONJUNTURA DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL: RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO POR CRIMES AMBIENTAIS SEM A NECESSIDADE DA SIMULTÂNEA IDENTIFICAÇÃO E PERSECUÇÃO PENAL DA PESSOA NATURAL RESPONSÁVEL.

THE ENVIRONMENTAL SITUATION IN CONSTITUTIONAL CRIMINAL JUSTICE: CRIMINAL LIABILITY OF THE LEGAL ENTITY OF PRIVATE LAW FOR ENVIRONMENTAL CRIMES WITHOUT THE NEED FOR SIMULTANEOUS IDENTIFICATION AND CRIMINAL PROSECUTION OF THE NATURAL PERSON RESPONSIBLE.

José Felício Dutra Júnior[102]

RESUMO:

O objeto deste trabalho é a análise da responsabilização penal-ambiental ativa da pessoa jurídica de Direito Privado sem a responsabilização da pessoa natural representante do ente coletivo. Para tanto, são abordados alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, além de leis e do Direito Comparado. A finalidade do trabalho é superar a concepção antropocêntrica e liberal do Direito Penal moderna, para permitir uma visão ecocêntrica. Utilizando um método dialógico, busca-se formar análises filosóficas, como melhor metodologia para o desenvolvimento deste artigo científico.

Palavras-chave: Responsabilização penal. Responsabilização ambiental. Crime ambiental. Ente coletivo. Antropocentrismo. Ecocentrismo. Meio ambiente. Ecossistema.

ABSTRACT:

The object of this work is the analysis of active criminal and environmental accountability of the legal entity of private law without liability of the natural person

[102] Especialista em Direito Constitucional; advogado atuante na seccional do Distrito Federal; professor do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, na cadeira de Direito Constitucional; mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília – UCB.

representing the collective being. Some judged the Superior Court and the Supreme Court are addressed, in addition to laws and Comparative Law. The purpose of this study is to overcome the anthropocentric and liberal conception of modern criminal law, to allow ecocentric vision. Using a dialogical method, we seek to form philosophical analyzes, the best methodology for the development of this scientific article.

Keywords: Criminal accountability. Environmental accountability. Environmental crime. Collective being. Anthropocentrism. Ecocentrism. Environment. Ecosystem.

INTRODUÇÃO.

Este artigo científico objetiva analisar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas diante da prática de crimes ambientais e o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal – STF sobre este tema, no Recurso Extraordinário n° 548.181/PR, Relatora Ministra Rosa Weber.

O Brasil, por ser um país emergente, está em considerável desenvolvimento da produção industrial, em face disso o número de centros industriais, nos últimos anos, aumentou consideravelmente.

Com o avanço da produção industrial neste país, temas como "desenvolvimento sustentável", "meio ambiente", "políticas ecológicas", "bioeconomia", passam a ter relevância, na medida em que a expansão da produção industrial provoca impacto considerável no meio ambiente.

Não há tantas controvérsias sobre a responsabilização civil e administrativa das pessoas jurídicas em relação ao meio ambiente, posto que existem medidas consistentes para viabilizar a responsabilidade dos entes coletivos, além de existirem institutos jurídicos bem fundamentados para que as empresas possam arcar com os danos causados ao meio ambiente na esfera cível.

Quanto à responsabilização penal dos entes coletivos, porém, há controvérsias, pois o Direito Penal brasileiro ainda tem uma base epistemológica e filosófica antropocêntrica e liberalista.

Contudo, não se pode refutar a importância da responsabilização penal da pessoa jurídica, naquilo que ao menos se refere aos crimes ambientais, posto que existe previsão constitucional expressa neste sentido.

O art. 225, §3°, da Constituição da República, determina que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O conteúdo deste trabalho visa a efetividade e a aplicação da responsabilização penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais no Brasil, a partir do alargamento de conceitos penais clássicos para que se possa alcançar a responsabilização penal ativa dos entes coletivos, com o fim precípuo de proteger o meio ambiente, conjunto harmonioso de condições essenciais para a existência da vida como um todo, conforme determina o *caput* do art. 225 da Constituição da República.

Partindo-se de estudos bibliográficos de doutrinas contemporâneas, pesquisa de decisões do Supremo Tribunal Federal – STF e do Superior Tribunal de Justiça – STJ, e utilizando um método dialógico, busca-se formar análises filosóficas, como melhor metodologia para o desenvolvimento deste trabalho científico.

Para tanto, são analisados conceitos imprescindíveis ao entendimento sobre a natureza jurídica das pessoas coletivas, responsabilização penal, preservação do meio ambiente, e responsabilização penal das pessoas jurídicas por crimes ambientais.

2 CONCEITOS CLÁSSICOS SOBRE CRIME E RESPONSABILIZAÇÃO PENAL.

Em uma perspectiva formal, segundo o doutrinador Damásio de Jesus, o crime pode ser definido pelo aspecto da técnica jurídica, do ponto de vista da lei.[103]

---

[103] JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** 1º V. 2ª Edição, ampliada e atual. São Paulo: Saraiva, 1980. Pág. 142.

Nesta perspectiva, o crime pode ser entendido como o fato humano contrário à lei, qualquer ação legalmente punível, isto é, toda ação ou omissão proibida pela lei sob ameaça da pena.[104]

Verifica-se, então, que crime, em uma concepção formal, é uma conduta (ação ou omissão) contrária ao Direito, a que a lei atribui uma pena.

Materialmente, o crime tem um conceito aberto. Pode ser uma conduta a qual a sociedade imputa um valor, ante a ofensa de um bem juridicamente tutelado, pela sua relevância.

L.A. Machado afirma que o conceito material do crime busca a sua essência, a fixação de limites legislativos à incriminação de condutas[105]. Desta forma, o crime é um "desvalor da vida social"[106], e, segundo Garofalo, "a violação dos sentimentos altruísticos fundamentais de piedade e probidade, na medida média em que se encontram na humanidade civilizada, por meio de ações nocivas à coletividade"[107].

Verifica-se que, formalmente, o crime é a concepção do Direito acerca do delito, constituindo a conduta proibida por Lei, sob ameaça de aplicação de pena, então é o fruto do conceito material, devidamente formalizado, conforme destaca o art. 5°, inc. XXXIX, da Constituição da República, e o art. 1° do Código Penal, quando determinam que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Destes conceitos destacam-se dois princípios do Direito Penal clássico, quais sejam, "princípio da legalidade estrita" e "princípio da individualização da pena", pois segundo este ultimo princípio a personificação da pena já começa no processo de legalização desta.

São dois princípios básicos da atuação punitiva do Estado liberal, primeiro porque só permite punição para condutas determinadas previamente em lei, e segundo porque a punição deve seguir os limites também determinados em lei, o

---

[104] MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Volume 1. 5ª Edição Revista e Ampliada. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1990. Pág. 96.
[105] MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987. Pág. 78.
[106] FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995. Pág. 144.
[107] MACHADO, Luiz Alberto. Opus cit. Pág. 78.

que significa uma garantia do indivíduo contra abusos no atuar punitivo do Estado moderno.

Verifica-se ainda que o conceito doutrinário de crime tem por base a conduta humana, isto é, comportamento do indivíduo humano.

Acrescenta-se a este conceito o entendimento sobre culpabilidade e antijuridicidade.

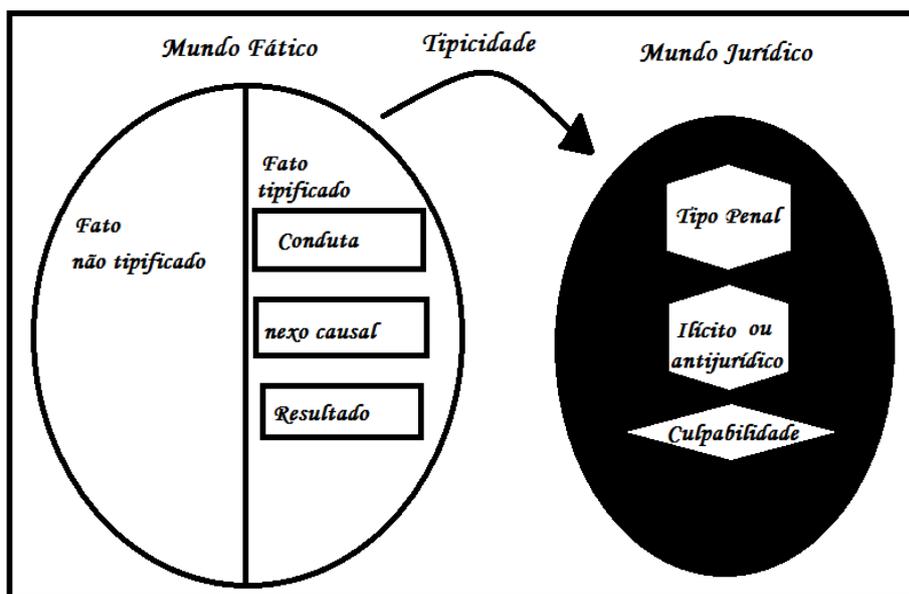
A culpabilidade é entendida como o juízo de reprovação sobre a conduta criminosa, sendo que a antijuridicidade é a contrariedade ao ordenamento jurídico, pois, em algumas situações, mesmo a conduta configurando algum tipo penal (descrição legal de conduta criminosa) ela pode ser aceitável ante alguma situação excepcional, em que o ordenamento legal permite praticá-la ou lhe dar aspecto de legitimidade.

A responsabilização penal moderna afasta a imputação penal objetiva, isto é, aquela responsabilização apenas pelo resultado da conduta reprovável sem juízo de culpabilidade, e visa o comportamento humano.

Para se vislumbrar uma conduta criminosa não basta a análise do resultado, mas também a análise do comportamento e o nexo de causalidade entre este e o resultado repugnante.

Resulta desta análise aquilo que a doutrina penalista entende por fato típico.

Para haver responsabilização penal, este fato típico deve ter previsão legal (tipo penal), e à ele deve existir uma previa cominação de pena.

Assim, a responsabilização penal subjetiva pode ser representada pela seguinte figura ilustrativa:

Conforme ilustração, a tipicidade é o instrumento de adequação do fato repugnante ao tipo penal.

O fato típico trata-se de uma construção jurídica, conseqüente da adequação do conjunto de ações (conduta, resultado, nexo entre este e aquela) ao tipo penal, por meio do instrumento da tipicidade.

Sendo que o tipo penal é abstração jurídica, ou mera expectativa, ou seja, descrição abstrata de uma conduta, tratando-se de uma conceituação puramente funcional, que atende o "princípio da reserva legal" (não há crime sem lei anterior que o defina).

Na construção do tipo penal, os códigos modernos utilizam elementos que formam conceitos abstratos e genéricos, quais sejam, elementos subjetivos e elementos objetivos.

Criam um preceito primário, no qual consta os mencionados elementos subjetivos e objetivos, além de criar um preceito secundário, no qual consta uma punição, que normalmente trata-se de uma pena privativa de liberdade, já que toda estrutura axiológica do Direito Penal moderno é liberalista, e para o liberalismo a maior punição é o cerceamento da liberdade.

Os elementos objetivos podem ser "descritivos", ou componentes do tipo penal passíveis de reconhecimento de juízo de realidade, isto é, captáveis pela verificação sensorial. Por exemplo, homicídio (art. 121, CP), "matar alguém", não

exige nenhum tipo de valoração, mas apenas constatação: “Matar” é eliminar a vida; “alguém” é pessoa humana.

Estes elementos também podem ser “normativo”, isto é, desvendáveis por juízo de valoração. Elementos mais difíceis de alcançar qualquer tipo de consenso, embora sua existência tenha esta finalidade. Quando se analisa, no crime de ato obsceno (art. 233, CP), o conceito de “obsceno”, tem-se evidente juízo de valor. Obscenidade é o que causa vergonha, possuindo sentido sexual. O que pode causar lesão ao pudor de uma pessoa pode, por outro lado, passar indiferente aos olhos de outra. Então, forma uma análise do elemento mencionado, não se trata de mera descrição de algo.

O tipo penal, no seu preceito primário, ainda possui elementos subjetivos, isto é, elementos relacionados à intenção e vontade do agente. Há tipos que os possuem e outros que deles não necessitam. Por exemplo, no homicídio (“matar alguém”) prescinde de qualquer finalidade especial para concretizar-se. Outro exemplo, só pode falar em “prevaricação” (art. 319, CP) se o servidor deixe de praticar ou retarde ato de ofício para “satisfazer interesse ou sentimento pessoal”.

Portanto, vislumbra-se que a base da responsabilização penal moderna trata-se da imputação subjetiva, e o objeto é a conduta humana, sendo tutelados bens relevantes para a sociedade, tudo isso com base em valores individualistas e antropocêntricos, frutos da filosofia liberal.

3 BASE AXIOLÓGICA DO DIREITO PENAL MODERNO.

A sistematização ou positivação do Direito Penal moderno observa a “política criminal”, que se trata de uma postura crítica permanente do sistema penal, como controle social, tanto no campo das normas em abstrato, quanto no contexto da aplicação das leis aos casos concretos, implicando, em suma, na postura do Estado no combate à criminalidade.

Leva-se em consideração ainda a “criminologia”, que é a ciência que estuda o crime, como fenômeno social, o criminoso, como parte integrante do mesmo contexto, bem como as origens de um e de outro, além dos fatores de controle para superar a delinquência.

A sistematização do Direito Penal moderno segue alguns princípios, quais sejam: “Princípio da legalidade”, expresso no art. 5°, inc. XXXIX, da Constituição da República, e no art. 1° do Código Penal, e se trata da base de todo Direito Penal liberal, pois somente permite a atuação institucional punitiva se houver definição da conduta criminosa em lei, além de prévia cominação de pena.

“Princípio da intervenção mínima”, que, conforme o doutrinador penalista espanhol Muñoz Conde[108], o poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima, ou seja, o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, isto é, as perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito.

“Princípio da lesividade”, que também tem base o liberalismo, pois impõe a que se estabeleça a necessária separação do direito de outras idéias ou concepções, como a moral e a religião, e segundo este princípio se uma conduta ataca ou ameaça uma idéia religiosa ou moral ela não pode, por isso, também ser considerada como apta para caracterizar conduta criminosa, porque só podem ser castigados os comportamentos que lesionem ou ameacem concretamente o direito de outras pessoas, e não, simplesmente, as ações pecaminosas ou imorais.

“Princípio da fragmentariedade”, que, segundo julgado do STF, afirma que “não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando os outros ramos do Direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos”[109].

“Princípio da Insignificância”, *“*como causa de atipicidade conglobante, afetando a tipicidade penal, diz com o ínfimo, o manifestamente irrelevante em sede de ofensa ao bem jurídico protegido”[110].

“Princípio da individualização da pena”, previsto no art. 5°, inc. XLVI, da Constituição da República, que determina que “a lei regulará a individualização da

---

[108] MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Aboso. Montevideo - Buenos Aires : B de F, 2003.P. 59-60.
[109] BRASIL. STF, **RHC 89624/RS**, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T., DJ 07/12/2006, p. 511.
[110] BRASIL. STJ, **REsp. 457679/RS**, Rel. Min. Félix Fischer, 5ª T., DJ 04/08/2003, p. 368.

pena". A individualização da pena deve ocorrer na cominação, aplicação e execução da punição.

Segundo Guilherme Nucci, este é o princípio que garante que as penas dos infratores não sejam igualadas, mesmo que tenham praticado crimes idênticos. Isto porque, independente da prática de mesma conduta, cada indivíduo possui um histórico pessoal, devendo cada qual receber apenas a punição que lhe é devida.[111]

"Princípio da proporcionalidade", que se trata do juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Por exemplo, o ordenamento brasileiro adota o sistema trifásico para a dosimetria da pena, isto é, há juízo de ponderação para estabelecer a pena-base, as circunstâncias agravante e atenuantes, e as causas de aumento ou diminuição da pena.

Por fim, "princípio da culpabilidade", podendo ser analisado sob três sentidos fundamentais, quais sejam: i) Culpabilidade como elemento integrante do conceito analítico de crime; ii) culpabilidade como princípio mediador da pena; iii) culpabilidade como princípio impedidor da responsabilidade penal objetiva (responsabilidade penal sem culpa, ou pelo resultado). Os doutrinadores penalistas conceituam o princípio da culpabilidade como um juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta (fato) típica e ilícita do agente, visto que, não podemos reprovar ninguém pelo que "é" ou pelo que "pensa".[112]

Após analisar os princípios citados, verifica-se que o Direito Penal moderno adota conceitos dogmáticos incompatíveis com a responsabilização penal da pessoa jurídica, na medida em que utiliza, como fundamento, noções de conduta e de culpabilidade formuladas de acordo com a pessoa humana, em uma perspectiva individualista, herdada do liberalismo, como uma limitação ao poder do Estado (antropocentrismo).

Contrapondo a esta visão clássica, a realidade social em relação à criminalidade tem exigido uma adequação do sistema penal para apresentar soluções em face da nova criminalidade econômica, ambiental e, enfim, social, posto

---

[111] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal - Parte Geral e Parte Especial**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
[112] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Ed. 5º. Rio de Janeiro: Impetus. 2005. p. 96.

que novas demandas começam a exigir do Estado uma resposta tão enérgica quanto aquela adotada na esfera penal.

4 DO ANTROPOCENTRISMO AO ECOCENTRISMO.

Segundo José Eustáquio Diniz Alves, o antropocentrismo é uma concepção que coloca o ser humano no centro das atenções e as pessoas como as únicas detentoras plenas de direito. Ele afirma ainda que poderia parecer uma manifestação natural, mas se trata de uma construção cultural que separa artificialmente o ser humano da natureza e opõe a humanidade às demais espécies do Planeta. Isto é, o ser humano se tornou a medida autorreferente para todas as coisas.[113]

Para Aristóteles (384-322 a.C), citado por São Tomás de Aquino (1225-1274), o Homem está no vértice de uma pirâmide natural, em que os minerais (na base) servem aos vegetais, os vegetais servem aos animais que, por sua vez, e em conjunto com os demais seres, servem ao Homem.

A ciência ocidental moderna, que tem por base axiológica o positivismo e o cartesianismo, entendia que os recursos naturais estavam a disposição do homem, posto que seriam inesgotáveis.

Este entendimento, contemporaneamente, já não subsiste, haja vista as conseqüenciais ambientais da intervenção da ação humana no ecossistema.

A concepção científica do mundo pós-Guerras Mundiais tem por objeto a necessidade da preservação do meio ambiente natural.

A sociedade contemporânea superou a fase do “hiperdesenvolvimentismo”, isto é, crescimento econômico a qualquer custo, para uma fase que visa o desenvolvimento menos agressivo ao meio natural.

A conferência de Estocolmo, realizada entre os dias 5 a 16 de junho de 1972 foi a primeira atitude mundial em tentar organizar as relações de Homem e Meio Ambiente. Na capital da Suécia, Estocolmo, a sociedade científica já detectava

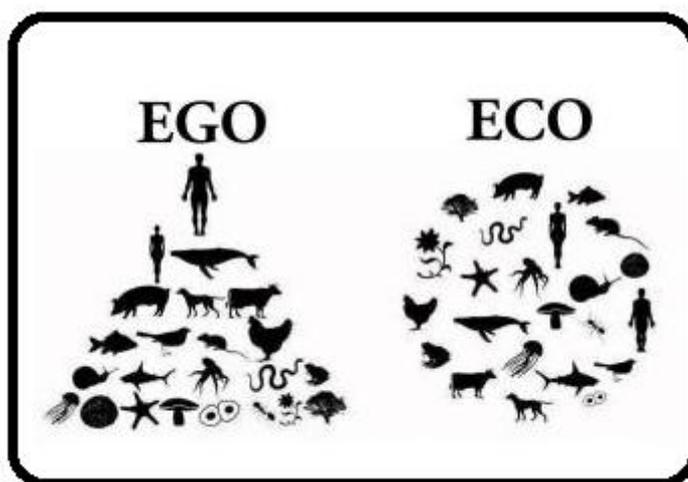
---

[113] DINIZ ALVES, José Eustáquio. **Do antropocentrismo ao mundo ecocêntrico**. Fonte: <http://www.ecodebate.com.br/2012/06/13/do-antropocentrismo-ao-mundo-ecocentrico-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/> Acesso em 17 nov 2013.

graves problemas futuros por razão da poluição atmosférica provocada pelas indústrias.

A Conferência, atenta à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano, documentou uma Declaração, na qual constam 23 (vinte e três) princípios.

Dentre estes princípios destaca-se o que determina que "os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento".

A ilustração abaixo identifica o antagonismo do antropocentrismo e ecocentrísmo, em que aquele pensamento hierarquiza os seres vivos do ecossistema, colocando o homem no ápice, enquanto este analisa o processo ecológico e o ecossistema em uma concepção horizontal:

(Fonte: <**http://memoriaproteccionista.blogspot.com.br/2012/05/ecocentrismo-antropocentrismo.html**> Acesso em 01 dez 2013)

Em decorrência da relevância do fenômeno ambiental e do seu conteúdo político, as Constituições mais modernas passaram a dar um tratamento explícito no que se refere a proteção do meio ambiente em seus textos, evidenciando assim, a necessidade de uma tutela mais adequada.

A preocupação com a tutela do meio ambiente, em nível constitucional, foi no Brasil tratada pela Constituição Brasileira de 1988 em seu artigo 225, que determina que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações”.

O referido artigo traz em seu § 1º que, para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público realizar diversas ações de proteção ambiental, entre elas: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas, exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade, e controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

A Constituição brasileira cria instrumentos de imposição de responsabilidade pela preservação do meio ambiente ao Estado enquanto Poder Público, igualmente à toda coletividade com a finalidade de sua defesa para as atuais e futuras gerações. Os sujeitos de direito no presente deverão atuar para que os bens ambientais não pereçam posteriormente.

O legislador constituinte brasileiro, a par dos direitos e deveres individuais e coletivos elencados no artigo 5º, da CRFB, acrescentou no caput do artigo 225, um novo direito fundamental da pessoa humana, que, segundo o autor Edis Milaré, “é, sem dúvida, o princípio transcendental de todo o ordenamento jurídico ambiental, ostentando o status de verdadeira cláusula pétrea”[114].

Antônio Augusto Caçado Trindade afirma que[115]:

> O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio configura-se, na verdade, como extensão do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade desta existência, – a qualidade de vida –, que faz com que valha a pena viver.

---

[114] MILARÉ, Edis. **Direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.p. 1065.

[115] TRINDADE, Antônio A. Caçado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Fabris, 1993. p.76.

Desta forma, a defesa ecológica deve impedir a agressividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cabendo ao Poder Público preservá-lo as gerações presentes e futuras. [116]

Nesta mesma perspectiva, o Supremo Tribunal Federal – STF, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 3.540, externou na ementa do acórdão o entendimento, segundo o qual todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Egrégio Tribunal entende ainda que se trata de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano. Em face disso, conclui que incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual.[117]

5 RESPONSABILIZAÇÃO PENAL-AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA.

A responsabilidade em matéria ambiental deriva de uma obrigação anterior, que o responsável deixou de observar. É sem duvidas, noção peculiar a todas as relações jurídicas, visando assegurar a observância de alguma obrigação nela existente, ou porque se assumiu tal obrigação, seja em decorrência de um fato ou ato, ocorrido ou praticado.

A responsabilidade determina a obrigação de responder por alguma coisa, dando origem ao dever jurídico em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão que lhe sejam imputáveis, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legalmente previstas.

O conceito de responsabilidade, na esfera penal, por exemplo, traduz a idéia de culpabilidade, imputabilidade, e possibilita a noção de obrigação e de garantia[118]. Todavia, é certo que, se condicionar-se às regras do Direito Penal tradicional, cuja punição da pessoa física se funda na culpabilidade, não se encontram fundamentos

---

[116] FERREIRA, Luiz Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 290.

[117] Brasil. STF. **ADI 3540 MC**, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03-02-2006 PP-00014 EMENTA VOL-02219-03 PP-00528

[118] GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. **Crimes contra o meio ambiente: reponsabilidade e sanção penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.p. 15.

para a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais, conforme analisado em item anterior.

Define-se responsabilidade como a situação daquele que, tendo violado uma norma qualquer de conduta, se encontra exposto às consequências do ato que praticou[119]. O conceito de responsabilidade, para alguns doutrinadores, na perspectiva penal, é um mero pressuposto da culpabilidade do agente.

A responsabilidade penal resulta-se de uma inquietação social, determinada pela violação de uma norma penal que define um fato criminoso, sendo necessária sempre quando o sujeito exerce este ato lesivo, a responsabilidade penal do agente.

Eládio Lecey[120] apresenta um breve panorama de direito comparado, que revela, basicamente, os três modelos de regimes adotados pelos diversos países sobre a questão:

> a) Primeiro modelo: o que admite como regra a responsabilidade penal da pessoa jurídica (Estados Unidos da América, Reino Unido, Canadá, Austrália, Holanda e Noruega);
> b) Segundo modelo: não aceita tal responsabilidade, pelo menos no campo estritamente penal, como Itália, Alemanha e as antigas repúblicas socialistas;
> c) Terceiro modelo: consagra um "princípio de especialidade", admitindo, a par do princípio geral da individualidade da responsabilidade penal, um quadro de situações, definidas expressa e casuisticamente pelo legislador, de responsabilização penal das pessoas jurídicas como Portugal, França (no Código Penal de 1/3/1993), Luxemburgo e Dinamarca. O Brasil, agora, enquadra-se no terceiro modelo, criminalizando a pessoa coletiva em matéria de ambiente.

Acompanhando o paradigma ecocêntrico e superando o antropocentrismo, a Constituição da República brasileira determina a responsabilidade da pessoa, seja ela física ou jurídica, na esfera civil, penal e administrativamente, quando há dano ao meio ambiente, como dispõe o artigo 225, §3º, da Carta Magna[121]:

> Artigo 225, § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

---

[119] LEITE, José Rubens Morato. BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004.p. 131.

[120] LECEY, Eládio. **A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica.** Direito ambiental em evolução.Curitiba: Juruá, 1998. p. 43.

[121] BRASIL. Constituição (1988).

A Constituição Federal de 1988, promovendo significativa mudança no modelo tradicional, expressamente admitiu, no artigo 225, §3º, a responsabilização penal da pessoa jurídica no âmbito de lesões ao meio ambiente, possibilitando ainda a responsabilização simultânea nas três esferas (cível, penal e administrativa), não vindo a se caracterizar *bis in idem*, visto que cada uma das esferas possui fundamentação própria.

O Código Ambiental (Lei n° 9.605 de 12 de fevereiro de 1998) também faz previsão expressa da responsabilização penal ativa da pessoa jurídica nos crimes ambientais, em seu art. 3°.

Poder-se-ia chegar à conclusão, segundo a qual a responsabilização penal-ambiental da pessoa jurídica teria que ter por base a imputação penal objetiva.

Na imputação pena objetiva busca-se fundamentar a responsabilidade em outros fatores que não a participação subjetiva direta na conduta imediatamente agressora ao bem social valorado pelo “universo jurídico”.

Possibilita a sujeição criminal ativa dos entes coletivos, pois permite prescindir de uma análise dos aspectos subjetivos ligados à consciência e à intenção.

Contudo, não se coaduna muito bem com regimes jurídico-criminais que consagram os princípios da culpabilidade e da pessoalidade, como o faz o regime brasileiro.

Então, na defesa da responsabilização penal da pessoa jurídica de Direito Privado deve-se afastar a imputação objetiva, mas também reconhecer que, pela própria peculiaridade dos entes coletivos, não é possível adotar a teoria clássica da responsabilização penal subjetiva.

Em face disso, deve-se adotar uma ponderação de valores, isto é, destacar a superação dos conceitos antropocêntricos, ressaltando a tutela penal do meio ambiente, verificando o impacto das atividades econômicas exercida pelos entes coletivos no ecossistema, e os grandes prejuízos que isto pode representar para os seres vivos e para o próprio ecossistema.

Necessário, então, adequar a responsabilização penal às peculiaridades das pessoas jurídicas, para que estas possam ser responsabilizadas.

Considerando a natureza dos entes coletivos, devem ser destacadas as teorias modernas que consideram estes entes como pessoas de direito.

Então, são as seguintes as principais teorias:

Teoria da ficção (em SAVIGNY): Um dos pontos de vista tradicionais apresentava a pessoa jurídica como uma ficção – no sentido de criação artificial e arbitrária do Direito, necessariamente não-corresponde a algo de existência real, fática.[122]

Teoria do jusnaturalismo racionalista: Localizava o fundamento do Direito na vontade humana. Esta teoria não permite que se conjecture da responsabilidade criminal da pessoa jurídica nos moldes tradicionais. Sendo esta compreendida como um recurso de fantasia, de efeitos ilusórios, úteis e válidos sobretudo no campo patrimonial.

Teorias da realidade (em OTTO VON GIERKE): Contrapondo-se à idéia ficcionista, sugere diversas correntes sustentando a realidade dos entes coletivos.

Como conseqüência da teoria anteriormente citada surge a **teoria orgânica** (da realidade objetiva ou da vontade real), que sustenta que "junto à pessoa natural, como organismo físico, há organismos sociais, ou pessoas jurídicas, que têm vida autônoma e vontade própria, cuja finalidade é a realização do fim social"[123]. Esta visão antropomórfica encontra-se ultrapassada, pois a pessoa jurídica possui peculiaridades que não se confundem com as pessoas naturais.

Teoria da instituição: As pessoas jurídicas são organizações sociais destinadas à obtenção de um fim. Os institucionalistas negam a capacidade criminal da pessoa jurídica, porém (assim como os organicistas) fornecem subsídios para a admissibilidade, à medida que reconhecem uma certa autonomia "real" à pessoa coletiva.

Por fim, a teoria normativista (realidade técnico-jurídica): O Direito tem instrumentos para "manipular" o conceito da "vontade". A abordagem normativista permite refutar o mito de uma realidade nominalista. "Pessoa jurídica" é apenas um símbolo para designar um certo fenômeno. Nesta perspectiva é possível a

---

[122] ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997. Pg. 95.

[123] MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. 44ª edição. Editora Saraiva. São Paulo – SP. 2012.

responsabilidade penal objetiva, crimes exclusivamente materiais, onde não se reclama o “elemento moral”, da intenção.

Portanto, verifica-se que, pela teoria normativista da natureza da pessoa jurídica de Direito Privado, não se refuta totalmente a teoria da imputação subjetiva do Direito Penal, mas ao responsabilizar penalmente o ente coletivo por crimes ambientais é possível manipular, ou relativizar, a concepção da “vontade”, com o fim de analisar o impacto do dano causado ao ecossistema pela atividade econômica desempenhada pelo ente coletivo.

6 RESPONSABILIZAÇÃO PENAL-AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA E O DIREITO COMPARADO.

Conforme argumenta Walter Rothenburg[124], em séculos passados algumas sociedades tinham legislações que responsabilizavam a pessoa jurídica.

O autor afirma que a legalização da responsabilidade penal da pessoa jurídica pode ser observada na sociedade da Inglaterra desde o *Interpretation Act de 1889*; no Canadá, desde a promulgação do *Criminal Code* (seção II, par. 13); nos Estados Unidos, e nos Países Baixos desde 1976. Ainda, em 1981, a Noruega passa a responsabilizar penalmente a pessoa jurídica.

Walter Rothenburg também menciona que na França, por meio de seu Código Penal de 1° de março de 1994, responsabilizam-se penalmente as pessoas jurídicas, salvo em relação às de direito público. Este país já responsabilizava o ente coletivo desde 1974, várias leis foram editadas estabelecendo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, tais como a lei de defesa do consumidor (1978).

A Organização das Nações Unidas, por ocasião do VI Congresso para Prevenção do Delito e Tratamento Delinqüente, que ocorreu em Nova Iorque, em julho de 1979, recomendou a seus Estados-membros que fosse estabelecido em seus sistemas o princípio da responsabilidade penal das sociedades. [125]

---

[124] ROTHENBURG, Walter Claudius. *Opus cit*. Pg. 110.
[125] SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**. Disponível em <HTTP://jus.com.br/revista/texto/5713>, publicado em 09/2004, acessado em 26/07/2013, p. 08/09.

O Código Penal Português, em seu artigo 11 prevê a responsabilidade penal da pessoa jurídica excepcionalmente, nas hipóteses elencadas no número 2 do artigo mencionado e na legislação esparsa[126], em termos:

> Artigo 11.º
> Responsabilidade das pessoas singulares e colectivas
> 1 - Salvo o disposto no número seguinte e nos casos especialmente previstos na lei, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal.
> 2 - As pessoas colectivas e entidades equiparadas, com excepção do Estado, de outras pessoas colectivas públicas e de organizações internacionais de direito público, são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos 152.º-A e 152.º-B, nos artigos 159.º e 160.º, nos artigos 163.º a 166.º, sendo a vítima menor, e nos artigos 168.º, 169.º, 171.º a 176.º, 217.º a 222.º, 240.º, 256.º, 258.º, 262.º a 283.º, 285.º, 299.º, 335.º, 348.º, 353.º, 363.º, 367.º, 368.º-A e 372.º a 374.º, quando cometidos:
> a) Em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou
> b) Por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem.
> [...]
> 7 - A responsabilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes.

Ao lado da França, dentre os países de tradição românico-germânica, Portugal admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica, embora, nesse, apenas nas hipóteses previstas na lei.

Os países europeus, Itália, Alemanha, Grécia e Espanha, Não admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, porém, possuem um "Direito Administrativo Penal, no qual as sanções são 'quase-penais', principalmente, em matéria econômica. [127]

Nestes países da *common law* (dentre eles, Inglaterra, Irlanda, Estados Unidos, Austrália, Canadá) baseados em um sistema de precedentes judiciais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica não só é tradicional, assim como, nos Estados Unidos e na Inglaterra, já vigora desde o século XIX.

---

[126] ARAÚJO, João Marcello Júnior. **Societas delinquere potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina**. **Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e medidas provisórias e Direito Penal**. In: GOMES. Luiz Flávio (coord.). São Paulo: RT, 1999, p. 75.
[127] ARAÚJO, João Marcello Júnior. *Opus cit*. p. 74.

João Marcelo Araújo Júnior[128] afirma que nestas sociedades:

> Por isso, as corporações podem ser declaradas delinqüentes, salvo obviamente, em relação àqueles crimes que, por natureza, não lhes são adequados: adultério, bigamia, estupro... Na prática, entretanto, a punibilidade se restringe às violações à economia, ao meio ambiente, à saúde e à segurança e higiene no trabalho.

Vislumbra-se, por intermédio do Direito Comparado que são muitos os países que já adotam a responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Ressalta-se, nesta perspectiva, o sistema inglês. Aliás, no sistema da *common law* nunca se questionou essa possibilidade, pois sempre vigorou o princípio do *societas delinquere potest*.

7. CODIFICAÇÃO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL-AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA NO ORDENAMENTO BRASILIERO.

Segundo Walter Claudius Rothenburg[129]:

> No instante em que a necessidade social for tão evidente e os argumentos forem definitivamente convincentes, a pessoa jurídica aparecerá como delinquente com todas as letras na Parte Geral do Código. Porque a sistematização dos grandes princípios e das principais figuras de delito, estampada num livro, é o símbolo por excelência desse ramo jurídico. Quem discute a questão da sujeição penal ativa da pessoa jurídica pensa no Código; quem a defende sonha com o Código. Essa é, porém, uma perspectiva prospectiva, que olha para o futuro – um futuro cada vez menos ideal e cada vez mais próximo, a julgar pelo novo Código Penal francês.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, estabelecendo que[130]:

> Art. 173. [...] § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. [...]
> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o

---

[128] In ARAÚJO, João Marcello Júnior. *Opus cit*. p. 87.
[129] ROTHENBURG, Walter Claudius. *Opus cit*. Pag. 120.
[130] BRASIL. **Constituição Federal**. Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso 01 dez 2013.

> dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações. [...]
> § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. [...]

Contudo, na legislação infraconstitucional, apenas o Código Ambiental prevê a possibilidade de responsabilizar a pessoa jurídica, no art. 3°.

A Lei n° 8.137 de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, no Artigo 11, determina que quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos na referida lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.[131]

Verifica-se que a pessoa jurídica não pode ser agente do crime contra a ordem tributária, econômica, e contra as relações de consumo, mas apenas seria um instrumento ou meio para a prática delitiva, conforme dispositivo legal mencionado.

A Lei n° 1.521 de 26 de dezembro de 1951, que define os crimes contra a economia popular, também não prevê a responsabilização penal ativa da pessoa jurídica.[132]

Surge, então, uma dúvida – que não é o objeto central deste trabalho – sobre a responsabilização penal da Pessoa Jurídica, se esta se limitará apenas à área da “ordem econômica e financeira e economia popular” (art. 173, §5°, CRFB), e área “ambiental” (art. 225, §3°, CRFB), pois a Constituição apenas menciona estes campos, ou se poderia estender-se a outras áreas.

Walter Rothenburg entende que não, pois o constituinte apenas advertiu quanto a dois setores particularmente sensíveis à criminalidade da pessoa jurídica. Não há limitação constitucional da responsabilidade penal do ente coletivo.[133]

Este posicionamento é o mais adequado, se entender-se que o Direito Penal superou o pensamento antropocêntrico e liberal, permitindo a responsabilização do

---

[131] BRASIL. **Lei Federal n° 8.137 de 27 de dezembro de 1990**. Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm> Acesso em 01 dez 2013.
[132] BRASIL. **Lei Federal n° 1.521 de 26 de dezembro de 1951**. Fonte: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1521.htm> Acesso em 01 dez 2013.
[133] ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997.

ente coletivo, pois existe previsão constitucional apenas com relação aos campos econômico, tributário, consumidor e ambiental, pois nestas áreas há um impacto mais considerável da atividade exercida pelos entes coletivos.

O anteprojeto do Código Penal brasileiro – PLS n° 236/2012 – que tramita no Senado Federal, supera esta dúvida ao prever como proposta de alteração do atual normativo penal a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica de Direito Privado em diversas áreas, prevendo as já citadas pela Constituição Federal, a acrescentando os crimes contra a Administração Pública.

O anteprojeto determina que[134]:

> Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Verifica-se, então, uma tendência do ordenamento jurídico brasileiro possibilitar a responsabilização penal da Pessoa Jurídica também com relação aos crimes contra a Administração Pública, além daqueles já previstos na Constituição Federal.

Esta alteração legal é um grande passo para adoção de uma concepção *ecocêntrica* também no Direito Penal, área bastante atrelada ao *antropocentrismo* e *liberalismo*, como visto em tópico anterior.

8. SUPERAÇÃO DA TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO.

O entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça – STJ, sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica de Direito Privado, ainda está atrelado à Teoria da Dupla Imputação.

Segundo esta teoria, somente é possível a imputação penal à pessoa jurídica de Direito Privado, pelos crimes ambientais, se o responsável técnico, sócio administrador, ou qualquer outra pessoa natural responsável pelo ente coletivo

---

[134] BRASIL. **PLS n° 236/2012**. Fonte: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acesso em 01 dez 2013.

também for responsabilizado, isto é, não seria possível a responsabilização penal isolada da pessoa jurídica de Direito Privado.

Este entendimento encontra-se no seguinte acórdão do Superior Tribunal de Justiça – STJ, em termos[135]:

> RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 38, DA LEI N.º 9.605/98. DENÚNCIA OFERECIDA SOMENTE CONTRA PESSOA JURÍDICA. ILEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. PEDIDOS ALTERNATIVOS PREJUDICADOS. 1. Para a validade da tramitação de feito criminal em que se apura o cometimento de delito ambiental, na peça exordial devem ser denunciados tanto a pessoa jurídica como a pessoa física (sistema ou teoria da dupla imputação). Isso porque a responsabilização penal da pessoa jurídica não pode ser desassociada da pessoa física - quem pratica a conduta com elemento subjetivo próprio. 2. Oferecida denúncia somente contra a pessoa jurídica, falta pressuposto para que o processo-crime desenvolva-se corretamente. 3. Recurso ordinário provido, para declarar a inépcia da denúncia e trancar, consequentemente, o processo-crime instaurado contra a Empresa Recorrente, sem prejuízo de que seja oferecida outra exordial, válida. Pedidos alternativos prejudicados.

Pelo que se verifica, o STJ entende que a responsabilização penal da pessoa jurídica não pode ser desassociada da pessoa física, por entender que o ente coletivo não expressa vontade, sendo este elemento de responsabilização penal atributo apenas da pessoa natural (sócio administrador, gerente, responsável técnico, etc.).

Este entendimento, contudo, está superado, conforme se verificou em tópico que trata do Direito Comparado, posto que ainda está impregnado dos conceitos advindos da teoria clássica antropocêntrica e liberal, e muitos países já adotaram uma linha, que a própria Constituição Federal brasileira adota, que rompe com o *antropocentrismo*, possibilitando uma visão *ecocêntrica*.

O texto da Constituição Federal brasileira é claro ao determinar que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (art. 225, §3°, CRFB).

---

[135] BRASIL. STJ. **RMS 37293/SP**. Relatora Min. Laurita Vaz. Quinta Turma. Julgado em 02.05.2013. Publicação/fonte: DJe 09.05.2013.

O texto constitucional não atrela a responsabilização penal do ente coletivo à do ente natural.

O Supremo Tribunal Federal – STF, julgando o Recurso Extraordinário n° 548.181, de relatoria da Ministra Rosa Weber, pacificando a interpretação do texto constitucional, adota entendimento divergente ao do STJ.

No acórdão que acolhe ou conhece o Recurso Extraordinário, a Corte Constitucional brasileira, entendeu que[136]:

> EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO DA PESSOA FÍSICA. Tese do condicionamento da responsabilização penal da pessoa jurídica à simultânea identificação e persecução penal da pessoa física responsável, que envolve, à luz do art. 225, § 3º, da Carta Política, questão constitucional merecedora de exame por esta Suprema Corte. Agravo regimental conhecido e provido.

A Ministra Relatora Rosa Weber, ao analisar a relevância do Recurso Extraordinário, e o disposta no §3° do art. 225 da Constituição Federal, afirmou em sua decisão que:

> Da leitura do preceito acima, em cotejo com as razões de decidir que desafiaram o extraordinário, entendo presente questão constitucional maior, qual seja a do condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação e manutenção, na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural, exigência que me parece não existir no art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

Na análise meritória, ou no julgamento de mérito do Recurso Extraordinário acima citado, por maioria de votos, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, reconheceu a possibilidade de se processar penalmente uma pessoa jurídica, mesmo não havendo ação penal em curso contra pessoa física com relação ao crime.

A decisão determinou o processamento de ação penal contra a Petrobras, por suposta prática de crime ambiental no ano de 2000, no Paraná.

Por meio do que se verifica no voto da Ministra Rosa Weber, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que adota a Teoria da Dupla Imputação, e não conhece

[136] BRASIL. STF. **AgR no RE n° 548181**. Min. Relatora Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 14.05.2013. DJe-117 Divulg. 18.06.2013; Public. 19.06.2013.

a Ação Penal apenas contra a Petrobrás, violou diretamente a Constituição Federal, ao deixar de aplicar um comando expresso, previsto no artigo 225, parágrafo 3º.

Para a Ministra Relatora do Recurso Extraordinário, a Constituição Federal não estabelece nenhum condicionamento para a previsão, como fez o STJ ao prever o processamento simultâneo da empresa e da pessoa física.

Ela afastou o entendimento do STJ, afirmando que nem sempre é o caso de se imputar determinado ato a uma única pessoa física, pois muitas vezes os atos de uma pessoa jurídica podem ser atribuídos a um conjunto de indivíduos.

A Ministra ainda afirma que[137]:

> [...] A dificuldade de identificar o responsável leva à impossibilidade de imposição de sanção por delitos ambientais. Não é necessária a demonstração de coautoria da pessoa física [...]

Para afastar dúvidas sobre a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica de Direito Privado, independentemente da responsabilização penal da pessoa natural, o Anteprojeto do Código Penal – PLS n° 236/2012 – prevê uma proposta de alteração legal, nos seguintes termos[138]:

> Art. 41. As pessoas jurídicas de direito privado serão responsabilizadas penalmente pelos atos praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.
> § 1º A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, nem é dependente da responsabilização destas.
> § 2º A dissolução da pessoa jurídica ou a sua absolvição não exclui a responsabilidade da pessoa física.
> § 3º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes referidos neste artigo, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

---

[137] BRASIL. STF. **RE n° 548181**. Min. Relatora Rosa Weber. Primeira Turma. Julgado em 14.05.2013. DJe-117 Divulg. 18.06.2013; Public. 19.06.2013

[138] BRASIL. **PLS n° 236/2012**. Fonte: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acesso em 01 dez 2013.

Vislumbra-se que a proposta de alteração legal determina a independência da responsabilização da pessoa jurídica em relação à responsabilização da pessoa natural.

O anteprojeto ainda determina penas específicas para o ente coletivo criminoso, que respeitam as peculiaridades deste.

Assim, determina a proposta de alteração legal[139]:

> Art. 42. Os crimes praticados pelas pessoas jurídicas são aqueles previstos nos tipos penais, aplicando-se a elas as penas neles previstas, inclusive para fins de transação penal, suspensão condicional do processo e cálculo da prescrição. A pena de prisão será substituída pelas seguintes, cumulativa ou alternativamente:
> I – multa;
> II – restritivas de direitos;
> III – prestação de serviços à comunidade;
> IV – perda de bens e valores.
> Parágrafo único. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário.

Este entendimento coaduna com as pesquisas e defesas realizadas neste trabalho, pois supera um posicionamento antropocêntrico, e permite maior efetivação da responsabilização penal-ambiental da pessoa jurídica de Direito Privado, posto que a exigência da presença concomitante da pessoa física e da pessoa jurídica na ação penal esvazia o comando constitucional.

CONCLUSÃO.

Para possibilitar a responsabilização penal-ambiental ativa da pessoa jurídica de Direito Privado nos moldes do Direito Penal clássico, isto é, fundada nos conceitos de culpabilidade, considerando-se a ordem subjetiva (consciência e vontade de delinquir, capacidade de absorver a sanção criminal como uma prevenção e redirecionamento da conduta desviante), é necessário superar o entendimento liberalista (estritamente individual) e antropocêntrico, e analisar o

---

[139] BRASIL. **PLS nº 236/2012**. Fonte: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404> Acesso em 01 dez 2013.

“fenômeno” da pessoa jurídica sob uma ótica transindividualista, destacando-se a importância deste ente coletivo na sociedade, e o impacto ambiental da atividade econômico-financeira desenvolvida por ele.

Para tanto, deve-se adotar uma linha epistemológica ecocêntrica, superando-se o antropocentrismo.

É necessário ainda ressaltar as peculiaridades do ente coletivo, compatibilizando-se o conjunto de penas com as suas características e natureza.

Tendo em vista os preceitos constitucionais e a dificuldade, nos diversos processos de apuração de crimes ambientais, para a identificação da pessoa natural responsável pelo modo operacional da atividade econômica que causou o crime ambiental, também é necessário superar a Teoria da Dupla Imputação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, para viabilizar a responsabilização penal-ambiental do ente coletivo, independentemente da responsabilização da pessoa natural.

Verificam-se no atual entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF, e no anteprojeto do Código Penal – PLS n° 236/2010 – tentativas de viabilização da responsabilização penal-ambiental nos moldes propostos neste artigo científico, isto é, superando-se o liberalismo penal clássico.

Portanto, este trabalho permitiu uma reavaliação de alguns conceitos clássicos do Direito Penal, objetivando a responsabilização penal-ambiental do ente coletivo de Direito Privado de forma mais eficiente, comparando o Direito brasileiro com o de outras sociedades, além de analisar entendimentos do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF.

BIBLIOGRAFIA E SITES:

ARAÚJO, João Marcello Júnior. **Societas delinquere potest: revisão da legislação comparada e estado atual da doutrina**. **Responsabilidade penal da Pessoa Jurídica e medidas provisórias e Direito Penal**. In: GOMES. Luiz Flávio (coord.). São Paulo: RT, 1999.

AZEVEDO, David Teixeira. **Código Penal Interpretado**. 3ª Ed. Editora Manole. São Paulo – SP. 2013

BITTENCOURT, Cézar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 12ª ed. rev. e amp. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. v.1, 2012.

DINIZ ALVES, José Eustáquio. **Do antropocentrismo ao mundo ecocêntrico**. Fonte: <http://www.ecodebate.com.br/2012/06/13/do-antropocentrismo-ao-mundo-ecocentrico-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/> Acesso em 17 nov 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 30ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. Vol. I.

EVANGELISTA DE JESUS, Damásio, **Direito Penal – Parte Geral**, Vol. 1. 32ª ed. rev. e atual. São Paulo – SP: Editora Saraiva. Vol. 1. 2012

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. **Crimes contra o meio ambiente: reponsabilidade e sanção penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999

LECEY, Eládio. **A proteção do meio ambiente e a responsabilidade penal da pessoa jurídica.** Direito ambiental em evolução.Curitiba: Juruá, 1998.

LEITE, José Rubens Morato. BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito ambiental contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal: Parte Geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. Volume 1. 5ª Edição Revista e Ampliada. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1990.

MILARÉ, Edis. **Direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Vol. 1. 44ª edição. Editora Saraiva. São Paulo – SP. 2012.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Aboso. Montevideo - Buenos Aires : B de F, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal – Parte Geral e Parte Especial.** 9° ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais – RT, 2013

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica**. Editora Método (2003) (pp. 131-196)

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A responsabilidade penal da pessoa jurídica**, disponível em <HTTP://jus.com.br/revista/texto/5713>, publicado em 09/2004, acessado em 26/09/2012, p. 08/09.

TRINDADE, Antônio A. Caçado. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelos dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Fabris, 1993

http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp

http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp

A (IM)POSSIBILIDADE DE MUDANÇA SOCIAL POR MEIO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL.

SOCIAL CHANGE THROUGH ABILITY TO CONSTITUTIONAL JUSTICE

Kayo César Araújo da Sílva[140]

RESUMO

A pesquisa tem por finalidade analisar a legitimidade da expansão do Poder Judiciário em consonância com o fundamento político para a sua ocorrência, em um tipo singular que é a própria possibilidade de, através de suas decisões, ungida pela justiça constitucional, o poder de entregar, à sociedade, as mudanças sociais não tuteladas pelas casas da maioria. Esse fenômeno teórico será analisado à luz de três eixos, sendo, um histórico, quando se indica a falência do Estado Liberal, como vetor afirmativo de uma nova demanda estabelecida por questões diversas, que resulta na institucionalização de um modelo independente capaz de controlar os atos das casas da maioria,se, assim, for necessário, em nome da justiça constitucional, sendo o segundo, doutrinário, onde irá se enfatizar como ocorre o fenômeno da judicialização da política no cenário brasileiro, indicando haver, ou não, pela ação da Suprema Corte Brasileira, quebra da separação dos poderes e, por último, a dificuldade em se estabelecer o paradigma principiológico que mitigue o primado positivista, até então, bastante enraizado pelos quatro cantos do país.

PALAVRAS-CHAVES: Democracia; Jurisdição constitucional; Judicialização da política; Ativismo judicial; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

The research aims to examine the legitimacy of the expansion of the Judiciary in accordance with the policy rationale for its occurrence in a unique type that is the very possibility of, through their decisions, anointed by the constitutional justice, the power of deliver to society, social change not overseen by the homes of the majority.

---

[140] Estudante de Direito.

This theoretical phenomenon is analyzed in light of three axes, being a history when it indicates the failure of the Liberal State, as a vector so a new demand established by several issues, which results in the institutionalization of an independent model able to control the acts most of the houses, is thus necessary, on behalf of constitutional justice, the second, doctrinal, which will emphasize how the phenomenon of judicialization of politics in the Brazilian scenario occurs, indicating the presence, or not, by the action of the Supreme Brazilian Court, breach of separation of powers and, finally, the difficulty in establishing the principle positivist paradigm that mitigates the primacy hitherto quite rooted by the four corners of the country.

KEYWORDS: Democracy; Constitutional jurisdiction; Judicialization of politics; Judicial activism; Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Este artigo é voltado para o tema da judicialização da política como elemento fomentador da expansão do poder judicial no modelo democrático, interessando, especificamente, como ele se legitima e se manifesta *in terrae brasilis.* O estudo em questão se divide em quatro partes. Na primeira, irá se abordar como a crise do Estado Liberal influenciou para o nascimento de uma nova jurisdição constitucional, trazendo exemplos, extraídos da doutrina, de como os países passaram a caminhar para este ideal de justiça constitucional, influenciados pela sucumbência do socialismo, aliado á posterior hegemonia do capitalismo que tinha a Europa e os Estados Unidos, verdadeiros provedores do sucesso de suas instituições políticas, fato este que exigiu, por parte da sociedade, do Estado, o reconhecimento dos fatos sociais, até então, postos a margem das discussões publicas. Aqui, aparece o primeiro fator preponderante para uma reorganização da estrutura jurisdicional dos estados, em especial, o cenário brasileiro.

O segundo capítulo do trabalho trata, especificamente, dos fenômenos da judicialização, da jurisdição constitucional e dos elementos facilitadores ao processo

de judicialização da política em escala mundial e a integração destas condições no realidade brasileira, que perpassa pela existência de um judiciário forte e independente, pela crise de representação da política majoritária e a sua suposta inércia perante a ocorrência do fato social, tangenciada por uma constituição analítica que, desconfiada do legislador, formulou um sistema de controle de constitucionalidade capaz de anular os atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, quando seus atos estivessem eivados de vícios em suas constituições.

Neste mesmo capítulo, colaciono inúmeras decisões onde o próprio Supremo Tribunal Federal passou a se pronunciar, demonstrando expresso vanguardismo onde, antes, não se tinha decisões desta magnitude, demonstrando, assim, claro comprometimento do Poder Judiciário com a própria Constituição Federal.

O terceiro capítulo indica o perfil do ativismo judicial como elemento integrador entre a sociedade e os seus anseios. Aqui, apresentamos o modelo clássico estabelecido pelo principio de separação dos poderes, demonstrando que, mesmo vigente, há uma mitigação do mesmo para se chegar ao que a justiça constitucional lhes demanda. Nesta parte, indicamos a existência do poder político na atuação judicial, fato que, por si só, não invalida a sua imparcialidade, indicando que, a opção pelo ativismo judicial, associando uma participação maior e mais ampla na concretização de valores constitucionais, se faz mais que oportuno. Entretanto, não devendo sobrepor, pelas suas decisões, a produção legal, ressalvado a hipótese de flagrante inconstitucionalidade e de violação as regras do jogo democrático.

O ultimo capitulo trata da dificuldade em se incorporar esse novo viés paradigmático, tendo em vista a sua novidade diante da hegemonia do paradigma positivista. Neste caso, questiona-se a característica absoluta do principio da legalidade, levantando a idéia de que é, por meio do primado principiológico, que se chegará a alcançar o espírito de nossa constituição, afastando, assim, possíveis injustiças.

Este último tópico, também, se detém a analisar alguns dados proferidos pelo relatório publicado pelo Conselho Nacional de Justiça neste ano de 2014, tendo como base, o ano de 2013, que culminou com o acumulo de 42,6 milhões de processos, que tramitam na primeira instancia na fase de conhecimento. Desse universo amostral, mais da metade (26 milhões de processos) estão pendentes de julgamentos, podendo se chegar a um resultado interpretativo de que a sociedade, de fato, demanda mais por justiça. Sendo, assim, o Judiciário, de fato, acaba se expandindo, se posicionando como elemento auto-ajustável deste cenário, corrigindo, assim, o imobilismo das casas legislativas no sentido de tutelar os anseios que a sociedade lhes demanda. É oportuno dizer que, a opção por esse perfil está centrada na autorização concedida pelo próprio texto de nossa Constituição Federal.

1. A CRISE DO ESTADO LIBERAL COMO VETOR AFIRMATIVO DE UMA NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Estabelece-se, doutrinariamente, como grande marco para a disseminação do ideal de justiça constitucional, o pós-segunda guerra mundial. Não por acaso, de lá, segundo Sampaio (2002, p. 38), ressurgiram técnicas provenientes da Constituição de Weimar e da Constituição da Áustria de 1920 que, até então foram sepultadas pelas Guerras Mundiais. .

Nesse sentido, após este marco histórico, um surto democrático estaria às vias de se espalhar por inúmeros países e, dentre eles, segundo Sampaio (2002, p. 39) aqueles que viviam sob e *hedge* do totalitarismo[141], os que eram classificados como países de economia periférica na Europa[142] e na América Latina[143], ou como

---

[141] Segundo TONELLI (2013, p. 43), "por volta da metade da década de 20 do século XX, o termo "totalitário" foi utilizado para significar, no nível de avaliação, as características do estado fascista em oposição a um estado liberal. Normalmente, utiliza o termo totalitarismo como referência aos regimes fascista da Itália, Nazista da Alemanha e Stalinista na união Soviética. Não se deve confundir Estado Totalitário com Estado Autoritário. O Totalitarismo caracteriza-se, fundamentalmente, por constitui-se numa ideologia oficial que diz respeito a todos os aspectos da atividade do homem; por um partido de massa dirigido tipicamente por um ditador, por ser um sistema de terrorismo policia, o monopólio tendencialmente absoluto nas mãos do partido, o controle e uma direção central de toda a economia através de coordenação burocrática das unidades produtivas e uma utilização dos meios de comunicação para propaganda do regime. Obsta diferenciar totalitarismo de autoritarismo."

[142] Chipre de 1960, a Turquia de 1961, em Malta de 1964.

os outros países socialistas[144] e ex-socialistas[145], sem dispensar a lembrança naqueles que se formaram após a extinção da União Soviética[146]. Esse avanço democrático, fomentado pelas vozes que exigiam a proteção dos direitos humanos e dos direitos civis, buscava a compatibilização deste novo ideal de justiça com a sua Jurisdição correspondente, até então marcadas pelo afastamento ou indiferentismo do Estado em relação fato social.

O fim do Socialismo, quase que em sua totalidade, possibilitou a hegemonia do Capitalismo e, consequentemente, a expansão de estruturas institucionais, se colocando como os verdadeiros provedores do sucesso, da evolução, do correto e do justo.

Os Estados Unidos, responsável pelo surgimento do *Judicial Review*[147], se posiciona na nova ordem mundial como modelo paradigmático de jurisdição constitucional, da mesma forma que, em proporção diversa, a Europa, também, exporta o seu ideal democrático. Ambos pugnavam pela "proteção de direitos como mecanismo preventivo das práticas dos regimes totalitários derrotados na segunda guerra mundial" (VERBICARO, 2011, p. 447), lançando, assim, as bases para os Estados supracitados, até então, perdidos diante dos acontecimentos que eclodiam por todo o século XX.

De lá para cá, com a exigência dessa sociedade em ter o seu fato social reconhecido pelo Estado cumulado com a falência do modelo de Estado Liberal *pari passu* com a lei em sentido formal, o caminho para o modelo constitucional

---

[143] A exemplo da Guatemala de 1965 e do Chile de 1970/1980, Bolívia com a emenda de 1994, Colômbia de 1991 e Perú de 1993.
[144] A Checoslováquia de 1968 e a Polônia de 1982/1985.
[145] Albânia em 1998, Bulgária de 1991, Bósnia-Hezergóvina em 1995, Croácia de 1990, Eslovênia de 1991, Hungria de1989, Iugoslávia de 1992, Macedônia de 1991 e Polônia de 1997.
[146] Armênia e Azerbaijão, ambas em 1995, Bielo-Rússia de 1994, Chechênia em 1992, Letônia em 1991, Lituânia de 1992, a Rússia e Uzbequistão, ambos em 1993.
[147] Segundo Klautau Filho (2003, p. 263), trata-se do "controle judicial de constitucionalidade" que nada mais é que "um órgão judicial independente exercendo a sua função técnica de aplicação da lei, trata-se do judiciário exercendo o poder de afirmar que o legislativo (o órgão democraticamente representativo da tradição parlamentar britânica e da concepção Madisoniana) desrespeitou a Constituição ao editar determinada lei, devendo, por tal razão, excluir-se do ordenamento jurídico o diploma legal sob exame (*under review*)"

democrático, fundado numa carta política que se posiciona como a maior norma jurídica de todo o ordenamento, passou a ser uma exigência da sociedade, "no que propiciou uma reorganização (...) a partir de uma estrutura de independência e de controle jurisdicional das normas jurídicas e dos atos do Executivo" (VERBICARO, 2011, p. 447 - 448), determinar, assim, uma nova abordagem desse ordenamento jurídico, indicando um aumento considerável da demanda pela própria justiça.

2. O Fenômeno da Judicialização da Política *in Terrae Brasilis.*

O termo "judicializar" diz respeito à inserção de matérias que, até então, estariam entregues as atividades políticas das casas da maioria no plano jurídico. Em outras palavras, diz respeito ao tratamento dado àquele assunto, pelos tribunais através de suas decisões.

O tema da judicialização da política, inevitavelmente, nos remete a uma tensão entre a democracia e o estado de direito, entre a política e a justiça, entre o legal e o imoral, demonstrando que há uma zona cinzenta entre essas classificações. Este fenômeno diz respeito à expansão do poder judicial para a direção do poder político, tutelando assuntos que, até então, estavam abraçados pela discricionariedade do exercício dos Poderes Políticos.

Nesse sentido, evitando maiores equívocos, deve-se clarificar a distinção entre se judicializar a política e a de se politizar a justiça. Segundo Verbicaro (2012, p. 449), a politização do judiciário, "consiste na introdução de elementos e argumentos políticos no interior do sistema e do discurso judicial, através da extensão da lógica político-partidária ao processo de tomada de decisão judicial" infectando, assim, a sua atuação judicante que deveria estar protegida pela imparcialidade, afastando, de si, a legitimidade democrática, conquistada pelo constitucionalismo democrático.

Esta atuação envenenada pelo signo da parcialidade quebra com a separação dos poderes, dando a possibilidade real de criação de um supra poder capaz de pôr em questão a própria função do Poder Legislativo, desvirtuando,

assim, a idéia de que a sociedade é a autoridade da instituição política, por lhe caber o dever de eleger os seus representantes. Essa atuação jurisdicional lhes gera a possibilidade de representação[148], abrindo margem, assim, para uma “juristocracia” ou um “governo de juízes”, abrindo margem para suscitar a quebra com a organização dos poderes.

Entretanto, não defendemos, aqui, a legitimidade da representação política e sim, da judicialização da mesma pela via do Poder Judiciário brasileiro, onde ela se dá por diversos fatores. Tate e Wallinder (1995) abordam a tese de que a expansão global do poder judicial se condicionou ao final do século XX, após à queda dos regimes totalitários, quando os países à eles vinculados, passaram a incorporar em sua estrutura de poder, um mecanismo que tivesse o condão de controlar concretamente e de forma independente, os atos do Legislativo e do Executivo, por meio da ação de um Tribunal Constitucional. Essa prerrogativa deu, a esses tribunais, uma característica importantíssima capaz de influenciar diretamente nas ações dos outros dois poderes, conferindo, assim, possibilidade real se judicializar políticas.

Tate (1995, p. 28 - 31) cita algumas condições facilitadoras ao processo de judicialização da política, ressaltando que esse fenômeno se modula de acordo com as necessidades existentes em cada país. Sendo elas:

(i) A democracia como elemento influenciador da judicialização da política, permitindo aos juízes participarem no processo de participação de tomada de decisões quando o assunto se destina á aplicação de políticas públicas.

(ii) A separação dos poderes, mesmo entendendo ser condição constitucional o modelo de Montesquieu, o autor entende que

[148] Pogrebinschi, em *Judicialização ou Representação?,* se apresenta como parcela minoritária da doutrina quando defende, como uma das bases para o fortalecimento da própria noção democrática, a própria representação política pela atuação das cortes constitucionais. Aqui, indica que as cortes constitucionais podem promover a representação propondo a ampliação deste conceito, quando houver omissão legiferante em relação aquele tema.

este modelo pode influenciar no desenvolvimento da judicialização da política.

(iii) Os direitos políticos, na ótica do autor, que se apresentam como sendo relevantes para a própria disseminação desta noção que está a se falar, tendo em vista que, através da idéia de que indivíduos e/ou minorias detém direitos fundamentais e que estes direitos poderão ser usados para se opor à vontade da maioria, essa prerrogativa terá o condão de aumento da importância dos juízes, quando, deles, for provocado a tutelar tal situação.

(iv) O uso dos tribunais por grupos de interesses que passam a perceber os processos decisórios não para o seu interesse e, sim, como efeito da dedicação de alguns atores políticos que se voltam para a valorização dos direitos humanos, tornando, assim, protagonistas na própria política.

(v) O uso dos tribunais pela oposição, transformando, segundo o autor, a corte constitucional numa espécie de terceiro grau do Poder Legislativo, indicando, para o plenário dos tribunais, o papel de obstruir a governabilidade.

(vi) As instituições majoritárias ineficazes como sendo um dos grandes motivadores da própria manutenção da judicialização da política, tendo em vista que, segundo o autor, há dificuldade de serem efetivadas as demandas sociais, restando, aos tribunais, o papel de pôr um fim a esses conflitos.

O caso brasileiro, confirmando a tese dos autores supracitados, não se diferencia muito das condições elencadas acima. Parte-se do pressuposto de que há, de fato, uma abertura pontual, para esta atuação jurisdicional no seio de nosso sistema constitucional. Esta abertura está institucionalizada pela presença de alguns fatores, de naturezas diversas, para a ocorrência deste fenômeno.

Barroso (2012, p. 369) explica que a primeira delas é o reconhecimento da existência de um judiciário forte e independente “como elemento essencial para as

democracias modernas”, operando-se, assim, uma expansão da atuação dos juízes e tribunais “na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil”. Não só isso, a expansão judicial, também, está diretamente relacionada a uma “desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral”, e, como terceira causa para a expansão deste poder, está a preferência dos atores políticos em deixar, a esta instância decisória, a resolução de questões polêmicas “às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como união homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas”.

No Brasil, esse fenômeno foi muito mais incisivo do que em outros lugares do ocidente, muito por conta da própria autorização concedida pelo legislador originário quando formatou as bases do texto constitucional, lhes pondo, como cláusula pétrea, a categoria de Estado Democrático de Direito com inúmeros objetivos, dentre eles, o de construir uma sociedade justa, solidária e livre de preconceitos de qualquer ordem, afastando as desigualdades sociais e regionais, assegurando, assim, a todos, os direitos fundamentais. Barroso (2004, p. XI) afirma que:

> O estado democrático de direito não é apenas aquele em que há o predomínio da maioria, mas também o que assegura os direitos fundamentais, respeita os princípios civilizatórios e promove a causa da humanidade.

Binenbojm (2004, p. 246) avança na reflexão acima, um pouco mais, indicando ser mero fator principiológico a postura do constitucionalismo democrático que elenca a supremacia da constituição e a jurisdição constitucional como sendo:

> Mecanismos pelos quais determinados princípios e direitos, considerados inalienáveis pelo Poder Constituinte Originário, são subtraídos da esfera decisória ordinária dos agentes políticos eleitos pelo povo, ficando protegidos pelos instrumentos de controle de constitucionalidade das leis e atos do poder público.

Nesse sentido, essa postura proativa do judiciário, sob a figura da Suprema Corte, só ocorre por derivação simples da própria permissão constitucional, que

trouxe, para dentro de nossa carta constitucional, normas de cunho programático lhes dando a classificação de constituição analítica ou dirigente[149]. Aliada a essa característica, a redemocratização do país, a partir da edição da Constituição Federal em 88, segundo Barroso (2008, p. 3), "reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais", conjuntamente com a constitucionalização abrangente, que insistiu trazer "para a constituição, inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária", influenciaram, decisivamente, para a expansão do poder judicante no cenário brasileiro[150].

O medo de que a constituição brasileira fosse usada para fins diversos, exigiu que lhes fosse criada um sistema de controle que propiciasse a independência e a autonomia do Poder Judiciário, impedindo, assim, a manipulação indevida de seus conceitos abertos.

Essa exigência, concretizada por meio do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, concentrou a função de guarda da constituição e de manutenção da unidade no ordenamento jurídico constitucional. Esse controle de constitucionalidade se apresenta sob duas formas, podendo, a Constituição Federal,

---

[149] De acordo com Branco, Coelho e Mendes (2013, p.63) "[…] as constituições dirigentes, não se bastam com dispor sobre o estatuto do poder. Elas também traçam metas, programas de ação e objetivos para as atividades do Estado nos domínios social, cultural e econômico".

[150] Sampaio (2002, p. 132), quando fala das competências da Suprema Corte Brasileira, a subdivide em seis espécies nas quais lhe caberia a proteção do ordenamento jurídico. Sendo elas os contenciosos de (i) de constitucionalidade, como no caso da possibilidade do parlamentar questionar a constitucionalidade de uma Proposta de Emenda à Constituição ou de um Projeto de Lei que viole o devido processo legal, ou pela possibilidade de se afastar, por meio das ações constitucionais, Lei em sentido amplo ou Emenda Constitucional que viole dispositivo constitucional, (ii) de órgãos e poderes, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, solucionar os conflitos de competência nos moldes do 102, I, alínea *o*, CF, (iii) entre órgãos territoriais central e local e o contencioso federativo, como nas situações que envolvam conflitos entre os entes federativos na forma como está disposta no art. 102, I, alínea *f*, CF, (iv) penal ou de responsabilização constitucional, exemplificado pelas ações penais contra parlamentares, ministros de estado, vice-presidente, procurador-geral da república ou contra o Presidente da República nos crimes comuns, (v) eleitoral, quando se especializa o papel desta justiça para julgar casos concernentes as eleições, porém, não invalida, caso a parte sinta a necessidade, o acesso ao Supremo Tribunal Federal, por meio do Recurso Extraordinário (arts. 102, II, alínea *a*, III, CF) e (vi) a jurisdição constitucional das liberdades, quando se destina ao mesmo tribunal, por meio de um instrumento processual, possível violação dos direitos fundamentais, como o Mandado de Segurança (art; 5º, LIX e LXX, CF).

ser aplicada diretamente às situações não abraçadas por ela ou indiretamente, por meio do controle abstrato de normas ou pela via do controle incidental. Esta última, por buscar a unidade da constituição, irá lançar mão de recursos interpretativos para, segundo Barroso (2012, p. 367), "auferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido, em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição)" (BARROSO, 2012, P. 367).

Exemplos são muitos nas quais, pela via do Poder Judiciário, passou-se a tangenciar os fatos sociais, até então, deixados de lado pelos atores político, responsáveis pela leitura das exigências dessa mesma sociedade. Justamente, pelo descrédito colhido por esse sistema representativo e pela opção autorizada pela própria Constituição Federal, a atuação judicante passou a intensificar a expansão para os rumos da política, possibilitando, assim, a reinvenção de nossa democracia.

Se parássemos para analisar os últimos 25 anos de vigência de nossa constituição, perceberíamos que, nesta ultima década, inúmeras decisões paradigmáticas passaram a nascer de nossa Suprema Corte, que, quando ela foi instada a se manifestar, atuou dentro de sua limitação constitucional, ressalvando pouquíssimos excessos[151], passou a decidir. É oportuno frisar que, as decisões perpassam pela própria extensão conferida pela própria Constituição Federal, que, a partir dela, legitima a sua atuação judicante.

Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal passou a se pronunciar nos temas que envolviam os (a) Direitos Fundamentais, como o HC 82.424/RS, referente ao caso Ellwanger, a ADPF 54/DF, relativa à antecipação terapêutica em casos de fetos anencéfalos e a ADI 3.510/DF, referente às pesquisas com células tronco embrionárias; (b) a proteção à própria separação dos poderes, como no caso da ADPF 186-2/DF, que questionou a constitucionalidade das ações afirmativas raciais, ou o PET 3.388/RR, que diz respeito a demarcação continua da Terra

---

[151] Como, por exemplo, na ADI 4.917/RJ, onde, por decisão monocrática proferida pela Ministra Carmén Lúcia, se suspendeu, em caráter cautelar, a aplicação dos dispositivos que previam novas regras de distribuição dos *royalties*.

Indígena Raposa Serra do Sol e da ADI 3.367/DF, que veio questionar a legitimidade do poder investigativo do Conselho Nacional de Justiça, como órgão independente para fiscalizar e propor políticas públicas para o próprio Poder Judiciário.

Em todas elas, o Tribunal teve que judicializar os assuntos que, para si, foram levados. Limitando, conforme já se foi dito, a sua atuação aos campos autorizados pela própria Constituição Federal, demonstrando, assim, claro comprometimento entre a constituição e os que tinham a responsabilidade de defendê-la.

Barroso (2012, p.373 - 374) finaliza indicando que a judicialização, se instala, como é o caso do Brasil, "em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva", exigindo, do Poder Judiciário, postura proativa, procurando extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional "construindo regras específicas de condutas a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados)".

3. O ATIVISMO JUDICIAL COMO PERFIL INTEGRADOR ENTRE A SOCIEDADE E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO TUTELADOS PELOS ATORES POLÍTICOS.

Esse formato democrático que usa como instrumento para se efetivar os Direitos Fundamentais, não se incorpora nos discursos de alguns estudiosos da judicialização da política (Vieira, 2008, p. 445; Vianna, 2008), elencando uma suposta contradição na idéia de Montesquieu, fator que não traz, para a sua atuação, a legitimidade pretendida. Este ideal, que vem sendo superado pelos motivos acima expostos, aduz uma neutralidade inerente à atividade jurisdicional e, por isso, não poderia tocar nos conflitos trazidos por esses fatos sociais. Para os defensores desse modelo rígido, a opção pela inércia seria a mais correta, pelo risco iminente de quebra do principio da separação dos poderes.

Entretanto, ousemos discordar desta idéia, tendo em vista que o juiz competente não pode estar imune as inflexões da realidade e, sim, das pressões políticas e de todo o clamor popular que, se assim vier a lhe influenciar, acertadamente, não irá encontrar guarida na própria justiça constitucional.

Dallari (1996, p. 93), quando instigado sobre o poder político dos juízes, afirma que eles exercem deste poder se dá em duas formas, sendo o primeiro, por ser integrante do aparato de poder do Estado e, também, por exercer o direito de voto, que não pode ser desprezado quando se analisa uma suposta politização em suas decisões. Nesse sentido, para demonstrar sua possível imparcialidade, argumentam ser apolíticos, "considerando ser indispensável para o reconhecimento de sua imparcialidade e independência", e neutro em relação às disputas políticas que se travam na sociedade, fazendo entender, "aos que assim procedem, que o simples fato de admitir uma preferência política já é uma traição ao dever de imparcialidade", padecendo de veracidade o tal argumento.

Inevitavelmente, os juízes são políticos, devendo, eles, estarem sempre atentos para que suas convicções político-partidárias, impedindo que essas concepções influenciem no caminho de suas decisões, fator preponderante à própria prejudicialidade do direito e da universalização da justiça.

Esse perfil, conforme já se foi falado, ligado à atividade do juiz no controle de constitucionalidade é alvo de criticas e aplausos quanto ao conteúdo de sua atuação. Quando ela é feita fora dos parâmetros constitucionais, ela deve ser vergastada, pelos riscos já citados[152]. De outro modo, estando dentro dos parâmetros constitucionais, a ação deverá lhe render, alem da legalidade, forte traço de legitimidade, em prol do fortalecimento de uma justiça constitucional, base de nossa democracia moderna.

---

[152] Silva (2005, p. 13) afirma que o "Supremo Tribunal Federal reiteradamente afirma que não é papel do judiciário ser o que o tribunal chama de *legislador positivo*, ou seja, não é seu papel suprir omissão ou corrigir *falhas* na legislação".

Barroso (2008, p. 6), com maestria, afirma que não se pode confundir judicialização com o próprio ativismo judicial, no qual se combinam, mas não tem as mesmas origens. Há uma intercambiação entre os termos, mas não sendo geridos pelas mesmas causas.

> A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

Barroso continua, indicando que, “se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria”. Já, a idéia de ativismo judicial, segundo o mesmo, eminente doutrinador:

> Está associado a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais com maior interferência no espaço da atuação dos outros poderes.

Entretanto, a atuação judicante na forma desmedida, dando, com efeito, a inovação do ordenamento jurídico, quebra com a organização dos três poderes em nossa constituição, tornando desarmônico e dependente o sistema democrático entre si.

Por se tratar de uma constituição-abrangente, a nossa Constituição Federal entrega, ao Supremo Tribunal Federal a chave de nossa constituição, cabendo, assim, o exercício da interpretação. Essa interpretação “não pode conduzir a dissolução da constituição no voluntarismo do juiz ou das opiniões das maiorias de cada instante. (...) A interpretação casuística da constituição é esterilizante, como é também insensata a interpretação que queira compelir o novo, submetendo a sociedade a algo que própria, por seus processos democráticos, não decidiu” (BRANCO, 2013, p. 82) e, levando a cabo o que HESSE (1992, p. 40) já dizia sobre a interpretação constitucional, interpretar é concretizar a norma.

Nesse sentido, cabe, ao Poder Judiciário, atuar quando não houver ação dos atores políticos em matérias relacionada às normas constitucionais. Logo, se há uma opção política para aquele tema, o judiciário terá que respeitar a produção

legislativa, não podendo, em hipótese alguma, vir a valorar, em suas decisões, o conteúdo dessa opção, excepcionando, assim, duas hipóteses em que o judiciário esteja autorizado a tangenciar esta Lei em sentido amplo. Sendo a ação autorizada nos casos em que (a) haja flagrante inconstitucionalidade entre o texto constitucional e a lei em sentido amplo ou que seja (b) constatada alguma violação as regras do jogo democrático. Nessas duas opções, poderá o Poder Judiciário, vim a intervir diretamente, anulando a lei que apresentar esses dois vícios, entregando a justa medida ao sistema constitucional democrático.

4. O PARADIGMA POSITIVISTA.

Essa matriz disciplinar, concebido por meio do exercício de uma teoria específica compelida por uma tradição cientifica, ainda se encontra muito ativa dentro de nosso ordenamento jurídico. Muito se discute, atualmente, a possibilidade de se estender ao direito privado, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Os positivistas, em geral, olham para essa hipótese, com certo ceticismo. De outro lado, os pós-positivistas já observam com mais facilidade em relação a esse grau de vinculação, indicando ser, por meio dos princípios, que se alcança o respeito ao espírito da constituição. Esse debate, apesar de estar vivo dentro da doutrina[153], demonstra que há alguma dificuldade em se aceitar este novo formate de se pensar o Direito. Fato é que o paradigma normativista, atualmente, demonstra um certo cansaço, abrindo margem para outras formas de se pensar, crescendo a idéia de se valorizar o paradigma principiológico.

Há, aqui, segundo Faria (1996, p. 27 - 29), uma nova forma de contestação da lei como a maior expressão do sistema lógico, coerente e hierarquizado de normas, não tendo qualquer significado moral atrelada a noção de legalidade. O autor continua, quando trata desse paradigma instalado na raiz de nosso ordenamento jurídico:

> Em nome de uma concepção legal-racional de legitimidade, que despreza as determinações genético-políticas de suas categorias,

---

[153] Cf. CANARIS, 1937 e SARLET, 2006.

> preceitos e procedimentos, este sistema é auto-limitado para resolver os conflitos jurídicos a partir de decisões estritamente legais – o que faz com que a ordem institucional seja encarada como uma estrutura homogênea, exclusiva e disciplinadora do comportamento dos cidadãos e do funcionamento do Estado

De fato que este paradigma positivista não irá se manter vivo durante muito tempo. Cresce a demanda por justiça, bastando ver o crescimento vertiginoso da entrada de novos processos, anualmente, na primeira instancia da justiça comum. Hoje em dia, o problema não está mais centrado no acesso à justiça, e, sim, na grande quantidade de tempo em que se perde para se chegar a tutela efetiva do direito material.

Em recente estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, tendo por base o ano de 2013, o relatório *Justiça em Números* estabelece que ha três grandes desafios para a própria justiça, sendo eles, (i) o excesso de litigância, demonstrando ser constante o aumento de casos novos na primeira instancia na fase de conhecimento, elevando, assim, a (ii) taxa de congestionamento, indicando a existência de um aumento dos casos ainda pendentes, (iii) incluindo, com certo protagonismo, execuções fiscais.

O relatório, também, indicou que, no ano de 2013, 42,6 milhões de processos tramitaram na 1ª instancia na fase de conhecimento, sendo, destes, 16 milhões de processos tratavam de casos novos, elevando a cifra dos casos pendentes para quase 26 milhões de processos[154], bem diferente do levantamento que fora realizado pelo Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, no ano de 1990, que já mostrava que, no primeiro grau, corriam, pouco mais de 4 milhões de processos, chegando a quase 2 milhões de processos pendentes de julgamento.

Esses levantamentos, mesmo que sejam propedêuticos, demonstram que a abertura política, a redemocratização e a Constituição Federal analítica, trouxeram, à população, a consciência da existência de seus direitos, aumentando, assim, a demanda pela justiça neste ambiente “reconstitucionalizado”.

---

[154] Cf. JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2014.

De fato, esta demanda impõe ao Poder Judiciário uma maior evidência. Porém, essa evidência do Judiciário não pode gerar, na sociedade, a idéia – equivocada – de que há, de fato, um protagonismo deste poder. Apesar de aclamada por alguns veículos midiáticos[155] e, muitos momentos, por outros membros da doutrina, onde alegam estar diante de um governo de juízes (VIEIRA, 2008; VIANNA, 2008), de uma juristocracia, anunciando, assim, um falso anúncio de protagonismo do próprio Judiciário em relação aos outros poderes.

Essa Escola, ao classificar atuação judicial como aquela que não encontra guarida no seio da organização dos poderes, desconsidera o real significado da atual democracia que se pauta na universalização da justiça, em detrimento de se sucumbir diante da inércia e do imobilismo dos que, historicamente, estavam incumbidos de fazer as leituras devidas da conflitividade gerada na relação entre o Estado, Sociedade e do Mercado.

A expansão do poder judicial, de tal fato, incorpora os preceitos provenientes do constitucionalismo democrático, trazendo, para junto de si, os princípios estruturais, como é o caso da concordância prática, supremacia e unidade da constituição, “elaborados para exercer a sua dupla função: garantia do existente e programação de direção para o futuro” [156].

---

[155] Um exemplo disso é o editorial do maior veiculo jornalístico do país, do jornal *O Globo*, que afirmou que “a maioria das leis é considerada inconstitucional e acaba ocupando ainda mais os tribunais com, a rotina de descartá-las” (disponível em: http://oglobo.globo.com/politica/brasil-faz-18-leis-por-dia-a-maioria-vai-para-lixo-2873389 acesso em 10 de abril de 2014).
Alem desta, o Jornal *Folha de S. Paulo* assim incitou: “já há algum tempo reafirma-se, no balanço de cada ano que termina, o crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF) na já há algum tempo reafirma-se, no balanço de cada ano que termina o crescente protagonismo do Supremo Tribunal Federal (STF) na cena política brasileira” (disponível em: http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/146498-stf-em-pauta.shtml , acesso em 14 de abril de 2014) e o *Estadão* quando argumentava, naquela ocasião, “que (...) o protagonismo do Judiciário (se robustece), cresce e se acirram as posições favoráveis e as contrárias a esse fenômeno. A valorização do ativismo judicial e do constitucionalismo tem seu contraponto na contenção, nos riscos da extrapolação de suas funções, nos preceitos majoritários. A polêmica, uma vez mais, não é só de princípios. Está em jogo a força relativa das instituições e de seus integrantes, como também a distribuição de poder no interior das instituições, a manutenção de privilégios e a efetivação de projetos políticos” (disponível em: < http://www.estadao.com.br/noticias/suplementos,ativismo-judiciario-a-pleno-vapor,233898,0.htm> , acesso em 16 de abril de 2014), só confirmam a postura afirmativa da imprensa que busca responsabilizar, o Judiciário, pelo suposto protagonismo.
[156] MORAES, 2009.

Esse novo entendimento faz com que o antigo paradigma normativista esteja sendo, gradualmente, ultrapassado, fazendo com que o prestigio deste primado passasse a ser relativizado, retirando, assim, a característica absoluta que oxigenava a este Estado que se assentou, durante séculos, sob o principio da legalidade *latu sensu*, demonstrando, assim, uma das dificuldades, dos que defendem esse primado para afastar a legitimidade da própria judicialização da política.

Nesse sentido, a presença deste conflito (potencializada por uma série de fatores[157]), condiciona, ao Judiciário uma forma específica de atuação, aproximando, da sociedade, o reconhecimento de seus anseios “como uma forma de compensação a falta de racionalidade da práxis política” (SAMPAIO, 2002, p. 65), “com a prolação de sentenças que desafiam um suposto equilíbrio de poderes e a primazia dos parlamentos como um fórum ideal para os debates de temas políticos mais relevantes para a sociedade” (CAPPELLETTI, 1984. P. 620)

Nessa toada, o poder judiciário acaba se tornando, como elemento auto-ajustável deste cenário, corrigindo a opção pelo imobilismo das casas legislativas, entregando, assim, a resposta definitiva aos anseios desta sociedade.

CONCLUSÃO

Após a leitura detida das quatro partes do trabalho, se pode proferir algumas noções básicas acerca da expansão do judiciário em prol de entregar, à sociedade, as mudanças que se exigem. Sendo, a própria institucionalização desta ascensão, como algo efetivado no pós segunda guerra mundial, no qual fez expandir, a justiça constitucional, aos países que, ate então, estavam presos aos regimes totalitaristas, demonstrando que, essa sociedade demandava a judicialização de assuntos diversos, até então, entregues à discricionariedade dos atores políticos. Essa

[157] Como a crise de identidade vivida pelo Poder Legislativo, propiciado por um sistema político eleitoral que dificilmente autoriza uma nova forma de pensar dentro da lógica de perpetuação de poder, garantida pelo sistema constitucional político, sem tangenciar a ausência de credibilidade entre o papel que deveria desempenhar perante as exigências da sociedade e, dentro de todo esse contexto, cresce a sensação de protagonismo do Poder Judiciário, criando a falsa sensação de que há um super poder e que a Constituição Federal seria o que a Suprema Corte iria dizer.

mudança de paradigma trouxe, para dentro dessa jurisdição constitucional, uma instituição independente capaz de controlar os atos do Poder Legislativo e do Executivo, se houver sido constatado flagrante inconstitucionalidade ou violação as regras do jogo democrático.

Não só isso, cumulado por uma constituição analítica, potencializada pela crise de identidade das instituições representativas, fortalecido por um sistema de controle de constitucionalidade, a expansão do poder judiciário só tende a se aumentar, tangenciando, assim, os assuntos que, até então, ficariam ao cargo das estruturas responsáveis por ler os anseios desta sociedade.

É, com base nessa carta constitucional, que a judicialização da política "com um algum grau de ativismo" (BARROSO, 2012, p. 405) se mostra como parcela fundamental para a própria efetivação da nossa Democracia, mesmo que o este entendimento sustentado não tenha uniformidade na doutrina.

Logo, finalizo indicando que, essa propensão efetuada pelo Judiciário, se faz necessária diante do imobilismo do Poder Legislativo, impedindo que certos procedimentalismos não afastem os direitos fundamentais de seus titulares, legitimando, assim, o papel do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização**, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=3 . Acesso em 15 de abril de 2014

________________________. **O Supremo Tribunal Federal tem extrapolado seu limite?: não**. ADV Advocacia Dinâmica: boletim informativo semanal, v. 29, n. 23, p. 432-431, jun., 2009.

________________________. Constituição, democracia e supremacia judicial: Direito e política no Brasil Contemporâneo. **Jurisdição Constitucional, democracia e direitos fundamentais em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes**, Salvador, p. 363 - 407, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização** – 2ª edi. Revisada e atualizada. Editora Renovar.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: Vários autores. **Tribunales constitucionales europeus y derechos fundamentales.** Madri: 1984.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder Político dos Juízes. **Justiça e Democracia – Revista Semestral de Informação e debates,** São Paulo, nº. 1, p. 91-99, 1996.

FARIA, José Eduardo. **A crise do Poder Judiciário no Brasil**. In Associação Juízes para a Democracia. Justiça & Democracia. Vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

JUSTIÇA EM NÚMEROS 2014. Brasília, Conselho nacional de Justiça, ano-base 2013 – Brasília: CNJ, 2014, 395 f.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional**. Tradução de Pedro cruz Villarion. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales,1992.

KLAUTAU FILHO, Paulo. A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803*)*. **Revista brasileira de direito constitucional**, v. 1, n. 2, jul./dez. 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13ª edição. São Paulo: Atlas 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. **A Constituição Reinventada Pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. **La interpretación conforme a La constitucion: Entre La Trivialidade y La Centralizacion Judicial.** Cuestiones Constitucionales, p. 3- 28

TATE, C. Neal. Why The Expansion of Judicial Power? In: **The Global Expansion of Judicial Power**: The Judicialization of Politics. New Yor: New York University Press, 1995.

TONELLI, Maria Luiza Quaresma. **A Judicialização da Política e a Soberania Popular**. 2013. 126 f. tese (doutorado) – Faculdade de Filosofia, letras e ciências humanas. Departamento de Filosofia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. A (i)legitimidade democrática da judicialização da política: uma análise à luz do contexto Brasileiro. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, n. 101, p. 445-488, out.2011/jan. 2012.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

VIANNA, Luiz Jorge Werneck. O Terceiro Poder na Carta de 1988. **A Constituição de 1988 na Vida Brasileira**. São Paulo: Editora HUCITEC, 2008.

OS ASPECTOS PROCESSUAIS DO PROJETO DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 99: NOVOS DESAFIOS PARA O SUPREMO TRIBUNAL

PROCEDURAL ASPECTS OF THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT N. 99: NEW CHALLENGES FOR THE SUPREME COURT.

João Matheus Vilela Marcondes Rossi[158]

Resumo: A inserção no ordenamento jurídico de mais um legitimado para o rol do artigo 103, da Constituição Federal, deve ser avaliada com cautela. O modelo de controle de constitucionalidade nacional possui inspirações norte-americana e germânica, sendo o instituto mais complexo do direito constitucional pátrio. Qualquer alteração legislativa (seja infraconstitucional ou constitucional) é de extrema relevância. Como se não bastasse sua natureza singular, a sobrecarga de trabalho da Corte Suprema e a extensa jurisprudência quanto aos legitimados nos levam a questionar se a dilatação do rol se faz realmente necessária ou viável. A análise passará pela diferença entre organização e associação religiosa, entre dogmas e estatuto (bem como as tensões que podem surgir da inserção de dogmas nos estatutos), dos requisitos e natureza da associação e fundação, comparação com as associações profissionais e abordagem do "amicus curiae".

Palavras Chaves: Aspectos processuais; Projeto de Emenda constitucional nº 99; Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The inclusion in the legal system of another legitimate for the list from article 103 of the Constitution should be evaluated with precaution. The national constitutional review model has American and German inspirations, being the more complex institute from the parental constitutional law. Any legislative change (whether constitutional or infra) is extremely important. As not enough its unique nature, the workload of the Supreme Court and the extensive case law regarding legitimate lead us to question whether the expansion of the list becomes really

---

[158] Advogado; Membro e pesquisador no Grupo de Ciências Criminais e Direitos Humanos de 2014 do IBCCrim – Instituo Brasileiro de Ciências Criminais; Bacharel em Direito pelo UNISAL U.E. Lorena-SP.

necessary or feasible. The analysis will include the difference between organization and religious association, between dogma and statute (as well as the tensions that can arise from insertion of dogmas in the statutes), the requirements and nature of the association and foundation, compared to professional associations and approach of "amicus curiae ".

Key words: Procedural aspects; Constitutional amendment n. 99; Supreme Court.

Introdução

O projeto de emenda constitucional 99 (PEC 99) foi apresentado pelo Deputado Federal João Campos em 19 de outubro de 2011 e visa ampliar o rol de legitimados para a propositura de algumas ações de controle abstrato de constitucionalidade, acrescentando um décimo inciso que autoriza a propositura de tais ações pelas associações religiosas de âmbito nacional.

Dizem-se apenas algumas ações de controle abstrato de constitucionalidade, quais sejam ADIN, ADC, ADO e ADPF (Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade, Ação direta de Inconstitucionalidade por omissão e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Impossível status de legitimado para ADIN interventiva, pois a competência encontra-se regulamentada pelo artigo 36, inciso III, da CF e artigo 2º da Lei 12.562/2011 e não pelo artigo 103 da Constituição Federal.

A própria proposta cita alguns exemplos de associação religiosa, como a CGADB - Convenção Geral das Assembleias de Deus no Brasil, CONAMAD - Convenção Nacional das Assembleias de Deus no Brasil Ministério Madureira, CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. [159]

A proposta apresenta em sua justificativa um passear histórico sobre a influência das religiões nas diversas fases políticas de nosso país, em favor da

---

[159] BRASIL, Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 99, de 2011, 19 de outubro de 2011.

democracia, da autonomia e da autorregulamentação das instituições religiosas. Apesar de sua pretensão, a prima facie, ampla – abraçando todas as religiões – e abstrata – sem distinções, salta aos olhos a dicção parcial tendente aos dogmas evangélicos, que vê a religião evangélica como consolidadores do cerne da Constituição, como garantidores da liberdade de culto e de religião.

No entanto, assenta-se a proposta no raciocínio de que tal legitimação processual ativa deve existir uma vez que tais associações religiosas veem seus paradigmas contrariados por ações estatais que, por vezes, legislam sobre assuntos que interferem diretamente em seus sistemas.

O último parágrafo, assim como a interpretação de todo o corpo do texto, aponta para um ponto de crucial importância, que será abordado oportunamente, chamando, doutrinariamente, de pertinência temática. Firmando que a via de controle abstrato depende de correspondência entre as atividades habituais de determinados legitimados ativos e a fenomenologia da lei avaliada em tese.

No dia 04 de junho de 2012 o deputado Bonifácio de Andrada, relator da tramitação de tal PEC, afirmou em seu despacho de acolhimento que a proposta possuía numerário hábil de assinaturas (186)[160], que não representava ofensa às cláusulas pétreas da Constituição Federal, apontou imperfeições técnico-legislativas, como a utilização inadequada do termo "ação de inconstitucionalidade", quando deveria ser utilizado "ação direta de inconstitucionalidade" e exaltou a iniciativa do congressista, ao declarar que há temas e questões que somente as lideranças religiosas podem focalizar tendo em vista as sensibilidades das mesmas para determinados assuntos que informam de maneira básica a prática do direito entre nós.

Na data de 27 de março de 2013 a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) opinou pela admissibilidade, acompanhando os votos do relator.

---

[160] BRASIL, Câmara dos Deputados. Conferência de Assinaturas da 54ª Legislatura 2011-2015 – PEC 0099/11, 25 de outubro de 2011.

O último andamento da proposta data de 11 de junho de 2013, onde foi criada a Comissão Especial destinada a proferir parecer à proposta de emenda constitucional.

O assunto demanda uma imensa quantidade de fatores, por isso, para compreender toda a complexidade processual que eventual aprovação trará ao ordenamento jurídico devemos tecer algumas considerações quanto a institutos clássicos do direito processual constitucional: legitimidade, pertinência temática, elementos definidores de alguns legitimados, "amicus curiae" e Capacidade Postulatória e paralelamente teceremos os comentários pertinentes.

1. Legitimidade e pertinência temática

O procedimento para impugnação, no controle de constitucionalidade, de determinada norma envolve um regramento objetivo próprio, um conjunto de normas e princípios peculiar, que forma o, doutrinariamente conhecido, processo constitucional, inexistente legalmente no Brasil.

Como todo processo, deve apresentar certos elementos, tal como as condições da ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade das partes.

> Presente as condições da ação, o juiz poderá julgar o mérito da causa; ausente uma delas, ocorre a carência da ação, que impede o juiz de julgar o mérito, porque a parte não tem direito de ação, vale dizer, não tem o direito de ver sua pretensão julgada pelo mérito.[161]

Sendo certo que "o princípio fundamental do processo do constitucional é o que a questão da inconstitucionalidade só pode ser iniciada por determinadas pessoas – as pessoas com legitimidade processual"[162] denominando-se tal fenômeno 'legitimidade das partes', sendo esta a "pertinência subjetiva ativa e passiva da lide"[163].

---

[161] NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal: 10ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.56.
[162] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da constituição: 7ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 902.
[163] LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de direito processual civil, Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1, p. 157.

Com a aprovação da PEC as associações religiosas seriam elevadas ao status de legitimado para algumas das ações de controle abstrato de constitucionalidade, ou seja, conferir legalmente a pertinência subjetiva ativa.

Não é a primeira vez na história constitucional brasileira que há uma ampliação da legitimação ativa para propositura de tais ações, “até a Constituição de 1988, a deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República”[164], quando se implementou um rol amplo e democrático através do artigo 103 da Constituição Federal de 1988.

Atualmente são nove os legitimados para propor tais ações – com a provável aprovação da PEC, serão dez –, elencados no artigo 103 da Constituição Federal.

No que tange aos legitimados existe uma subdivisão, jurisprudencial[165] e criticada por parte da doutrina[166], em legitimados universais (“de primeira classe”) e legitimados especiais (“de segunda classe”).

Os primeiros apresentam “interesse de agir” independente da situação ou norma-objeto, ou seja, possuem tal atribuição automaticamente, “por força de suas próprias atribuições institucionais”.[167] Enquanto os especiais (assembleia legislativa, governador do estado, confederação sindical e entidade de classe nacional) possuem certa restrição quanto à atuação processual ativa, devendo demonstrar seu “interesse de agir”, o que perante o Supremo foi denominado pertinência temática.

Cabe destacar então que para um regular processo constitucional, apesar de sua natureza objetiva, existe uma relativização subjetiva, sendo necessária a análise, primeiramente, da legitimidade (objetiva), e após do interesse de agir (subjetiva). [168]

---

[164] BARROSO, Luís Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 187.
[165] Precedentes do STF: ADI 305-RN, ADI 1.151-MG, ADI 1.096-RS.
[166] MENDES, 199, p. 130; TAVARES, p. 283.
[167] FLAKS, Milton. Instrumentos processuais de defesa coletiva. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n 190: I-III, p. 61-77, out/dez, 1992, p. 69.
[168] BARROSO, 2011, 172; TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2006, 299.

O Supremo Tribunal Federal possui posicionamento hesitante quanto a esta classificação. Não afirma ser interesse de agir, nem legitimação, mas confirma como sendo uma "qualificação da legitimidade":

> O requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa ad causam para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade.[169]

Extrai-se da própria justificativa do projeto de Emenda Constitucional nº 99, que as associações religiosas de âmbito nacional, enquadrar-se-ão no rol de legitimados especiais, devendo demonstrar, sempre, pertinência temática:

> Nesta justificativa é que apresentamos essa Proposta de Emenda Constitucional para incluir no art. 103, o inc. X, legitimando as Associações Religiosas para eventual propositura de ações de controle de constitucionalidade, **naquilo que for pertinente**. Contamos com o apoio de nossos ilustres Pares para a aprovação e aperfeiçoamento desta proposição. (grifo nosso).

Mas não somente pela justificativa da PEC. Deve se fazer uma comparação entre os atuais legitimados e as associações religiosas.

As confederações sindicais e entidades de classe nacional possuem semelhanças estruturais inegáveis com as associações religiosas, senão vejamos.

As confederações e entidades são um agrupamento de indivíduos que compartilham da mesma maneira de pensar, protestam pelos mesmos direitos, são ligados por força de direitos transindividuais coletivos, possuem regulamentação jurídica e organização e autonomia própria.

Nasce da ideia de corporação, na medida em que são determináveis quanto a um grupo ou categoria. Entretanto, são direitos metaindividuais por não serem atribuídos a membros de modo isolado, mas de forma coletiva, os quais estão

[169] ADI 1.157-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01/12/1994, Plenário, DJ de 17/11/2006.

unidos por uma mesma relação jurídica base[170]. Relação esta anterior a qualquer lesão.

As associações religiosas, também são um agrupamento de indivíduos que compartilham a mesma maneira de pensar, protestam pela mesmo fim (fim este afim à religiosidade ou fé), sendo também ligados por força de uma mesma religião ou fé, possuem regulamentação jurídica, uma vez que, segundo o Código Civil em seu artigo 44, I, são pessoas jurídicas de direito privado, tendo organização e autonomia própria.

A pertinência temática pode ser comprovada de três maneiras: quando há adequação temática[171] (relação entre a norma impugnada e o disposto nos estatutos da instituição); prejuízo[172] (relação negativa direta entra a norma impugnada e a instituição); ou interesse indireto[173] (afeta de maneira reflexa a instituição).

Utilizam-se do critério prejuízo: assembleia legislativa e governador, quando a lei impugnada prejudica as unidades federadas[174]; já as confederações sindicais e entidades de classe nacional se valem do critério adequação temática, quando a norma impugnada fere os interesses dos filiados ou associados, exteriorizados nos estatutos[175].

Como os três são possíveis, as associações religiosas podem utilizar-se de quaisquer destes, no entanto os mais comuns e predominantemente deferidos nos STF são os quesitos da adequação temática e por prejuízo.[176] Trabalhando por este

---

[170] MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos cautelares e especiais: antecipação de tutela, jurisdição voluntária e ações coletivas e constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 355.
[171] ADI 1.590-7-SP, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 27/08/2012, decisão monocrática, DJ de 31/08/2012.
[172] ADI 305-4-RN, Rel. Min. Maurício Correa, julgado em 22/05/1991, decisão monocrática, DJ de 06/05/1994.
[173] Alguns casos a legitimidade foi auferida com base nessa tese: ADI 1.464-1-DF, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 26/09/1996, julgado em plenário, DJ em 13/12/1996; ADI 138-8-RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 14/02/1990, plenário, DJ em 16/11/1990;
Em outros não: ADI MC 1.151-MG, Re. Min. Sepulveda Pertence, julgado em 11/11/1994, plenário, DJ em 19/05/1995; ADI MC 1.519-2-AL, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 10/04/1997, plenário, DJ em 16.05.97.
[174] ADI 2.747, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 16/05/2007, Plenário, DJ em 17/08/2007; ADI 2.549, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 01/06/2011, Plenário, *DJ* em 03/11/2011.
[175] ADI 1.873, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 02/09/1998, Plenário, *DJ* em 19-9-2003.
[176] MEDEIROS NETO, Luiz Vicente de. A pertinência temática como requisito da legitimidade ativa para o processo objetivo de controle abstrato de normas. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – nº 21 – ano 11 – janeiro/junho de 2003, p. 9.

viés, nota-se que as associações religiosas deverão demonstrar que a lei ou ato normativo impugnado fere seu Estatuto Social ou, na mais distante das hipóteses, lhe prejudica diretamente de alguma forma.

Cabe aqui a diferenciação que deve se fazer entre a associação religiosa e seus dogmas. Associação religiosa não é a religião, mas sim uma pessoa jurídica, que, como será provado no decorrer deste artigo, nada mais é que a junção de pessoas que possuem a mesma religião e que almejam o mesmo fim. Já os dogmas são "cada um dos pontos fundamentais de qualquer crença religiosa, [...] proposição apresentada como incontestável e indiscutível"[177], ou seja, são os preceitos, incontestáveis, que permeiam a religião, existindo independentemente de estatuto de pessoa jurídica.

Insta salientar que a efetividade dos dogmas religiosos ocorre somente no campo da religião, na esfera privada, afinal:

> o papel da religião na modernidade sofre restrições no cenário político/público, de vez que sua legitimidade parece estar confinada à esfera privada, no sentido de que apenas os fiéis, que livremente aderem a uma determinada crença, é que estarão voluntariamente submetidos a determinados dogmas.[178]

Feita esta ressalva, fica claro que as associações religiosas não apresentarão interesse de agir (pertinência temática) quando a lei/ato normativo ferir seus dogmas. O que aniquila, por completo, a falsa tese de que determinadas religiões utilizariam deste meio para proibir o abordo de anencéfalos, a união estável entre casais homossexuais, o exercício de profissões contrárias aos dogmas violados (como os dos profissionais do entretenimento adulto), as propagandas a favor dos métodos contraceptivos, enfim, proibir assuntos que certamente venham a ferir qualquer dogma de alguma religião, uma vez que não podem arguir tais ações quando venham a ferir seus dogmas, mas tão somente quando venham a ferir a associação em si.

A dúvida que se instaura a partir de então é: quando então as associações religiosas poderão opor ação constitucional e serem consideradas legitimadas com

---

[177] MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998-(Dicionários Michaelis).

[178] LOREA, Roberto Arriada. Intolerância religiosa e casamento gay. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.37.

pertinência temática? Simples e já retro respondido. As associações somente poderão entrar como legitimadas e terem a pertinência temática deferida quando impugnarem lei que lhes fere diretamente ou ao seu estatuto social. Ou seja, em questões relativas à sua pessoa jurídica ou de seus associados (sob uma visão coletiva), como por exemplo, impugnar lei ou ato normativo que: impede o registro civil em cartório de associações de determinada religião, que proíba, de maneira inconstitucional, que determinado culto religioso seja realizado; que majore ou tribute, de forma inconstitucional, contra determinada associação religiosa etc.

Mas problemas podem surgir a partir do momento em que uma associação de caráter religioso inserir seus dogmas em seu estatuto jurídico, sendo que o Estado não pode negar o registro à associação, pois tal ato poderia ser visto como violação direta aos incisos VI (liberdade e consciência de crença) e VIII (privação de direitos por motivo de crença religiosa), da CF.

Diante de tal conflito aparente, vislumbram-se duas "saídas".

A primeira é de natureza processual, por ofício do oficial de registro ou por iniciativa de autoridade perante juiz, como se vê por casos concretos, o Ministério Público[179], em situações específicas, através de "Parecer e promoção de procedimento de dúvida de registro de Associação religiosa ou Igreja".

O artigo 115 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015) dispõe que:

> Não poderão ser registrados os atos constitutivos de pessoas jurídicas, quando o seu objeto ou circunstâncias relevantes indiquem destino ou atividades ilícitos ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes.
> Parágrafo único. Ocorrendo qualquer dos motivos previstos neste artigo, o oficial do registro, de ofício ou por provocação de qualquer autoridade, sobrestará no processo de registro e suscitará dúvida para o Juiz, que a decidirá.

Logo nota-se que apenas será possível impugnar eventual tentativa de registro de associação de caráter religioso se os dogmas presentes indiquem

---

[179] BRASIL, Ministério Público Estadual do Ceará – 2ª Promotoria de Justiça de Crato. Petição inicial de Parecer e Promoção de Procedimento De Dúvida registro Associação Religiosa/Igreja, 07 de outubro de 2011.

destino ou atividades ilícitos ou contrários, nocivos ou perigosos ao bem público, à segurança do Estado e da coletividade, à ordem pública ou social, à moral e aos bons costumes. Problema maior ainda é enquadrar tal tese na prática.

A segunda saída é por atuação do próprio STF diante de um caso concreto. Os ministros, que assim entenderem pela separação entre dogma e a pessoa jurídica, deverão construir teses jurídicas que demonstrem que, apesar de estar literalmente disposto algum dogma no Estatuto, este não é parte essencial do documento jurídico e nem de seu funcionamento.

Infelizmente não ousamos debruçar mais ainda sobre este ponto ou apontar doutrina, uma vez que adentraríamos no campo do direito material, abordando laicidade estatal, democracia, igualdade etc, sendo que tal não é o objetivo deste artigo, mas sim a visão processual quanto ao tema.

2. Elementos definidores de alguns legitimados

Não bastasse a pertinência temática, requisito implícito sem base normativa[180], a jurisprudência do Supremo vem se construindo de maneira a definir cada legitimado, o que os torna distintos, quais seus elementos etc.

Tais elementos definidores jurisprudenciais existem para servir uma única lógica: não havendo o preenchimento destes, não serão considerados legitimados.

Tomemos como exemplo uma situação hipotética onde as classes nacionais ou confederações sindicais não preencham os requisitos jurisprudenciais definidores. A consequência lógica é a ilegitimidade para propositura da ação, tornando, consecutivamente, a ação carente.

Sigamos o mesmo padrão do capítulo anterior, comparando as associações religiosas com as confederações sindicais e as entidades de classe nacional.

As Confederações Sindicais são a união de federações trabalhistas. O Supremo exige que tal organização tenha no mínimo 3 (três) federações e sede em Brasília, o que não é de todo jurisprudencial, mas legal, tendo sido extraído do artigo 535 do Decreto-lei nº 5.452/43 (Consolidação das Leis do Trabalho) e artigo 8º, inciso I da Constituição Federal.

[180] DIMOULIUS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. Curso de Processo Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 254.

Não obstante, o STF interpreta a CLT de um modo que exige que as Confederações Sindicais, para que sejam assim consideradas e consequentemente legitimadas, além de possuírem registro em órgão competente, depositem seu ato de inscrição no Ministério do Trabalho[181], caso contrário, serão ilegítimas para propositura da ação constitucional.

No que tange as Entidades de classe nacional, na visão do STF, devem estas organizar-se, em no mínimo, nove estados[182], tratar-se de classe profissional[183] e associados da mesma categoria.

Ainda no tocante às associações uma evolução histórico-jurisprudencial deve ser feita.

Nos primórdios do desenvolver do controle de constitucionalidade o STF negou a natureza de legitimado a uma associação de associação (ADI 591), exatamente por ser uma "sub-associação" e não defender o interesse de todos os associados. Entretanto mudou seu entendimento com a ADI 3153, afirmando a associação de associação ser legitimada, pois não deixa de defender os interesses da mesma categoria social.

Tal evolução mostra, ao mesmo tempo, a fragilidade e ao mesmo tempo evolução nas decisões atinentes à legitimidade processual constitucional.

Quanto às associações religiosas, por hora, não há como saber com precisão o que o STF exigirá como elemento definidor, devemos apenas aguardar as futuras jurisprudências sobre o caso, no entanto, nos arriscamos a oferecer alguns palpites quanto ao tópico.

Primeiramente, deve ser fazer uma breve diferenciação teórica entre as organizações religiosas, do artigo 44, IV, do Código Civil, e as associações de inspiração religiosa (artigo 44, I), que são estas o objeto da PEC 99.

---

[25] **ADI MC 1121-RS, Rel. Min. Celso De Mello Julgamento em 06/09/1995, Tribunal Pleno, DJ em 06/10/1995.**

[182]; ADI 4.230 – Agravo Regimental, Rel. Min. **Dias Toffoli**, julgamento em 01/08/2011, Plenário, *DJE* de 14/09/2011.

[183] ADI 89-3, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 07/12/1989, plenário, DJ em 15/02/1990: negou legitimidade a União Nacional dos Estudantes (UNE), por tratar-se de classe estudantil e não profissional.

As primeiras são as igrejas propriamente ditas, que realizam cultos e integram a hierarquia e estrutura de determinada religião ou igreja; já as segundas são a “união de pessoas que se organizam para fins não econômicos” (artigo 53, do CC) tendo como inspiração valores religiosos, que não integram a estrutura de uma igreja.

> Portanto, há de se distinguir claramente entre as organizações religiosas (previstas no art. 44, inc. IV, do Código Civil e excluídas da obrigação estabelecida pelo art. 2.031, de acordo com seu parágrafo único) e outras organizações que, não obstante baseadas em princípios e valores religiosos, não se destinam ao culto religioso, isto é, não são igrejas.[184]
>
> Não obstante as denominações de todas essas instituições fazerem referência a certas religiões, isso não as torna organizações religiosas, pois não integram a estrutura hierárquica das igrejas que mencionam. São inspiradas por valores religiosos e, certamente, contribuem com a divulgação de determinado credo ou ideologia. Mas o fazem sem estarem inseridas na estrutura própria das igrejas a que se vinculam.[185]

Feitas tais ressalvas, por se tratar de pessoa jurídica, deverá obedecer às normas de tal código, principalmente ao artigo 54, do Código Civil, que dispõe que:

> Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterá: denominação, os fins e a sede da associação; os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados; direitos e deveres dos associados; as fontes de recursos para sua manutenção; modo de constituição e funcionamento dos órgãos deliberativos e administrativos; modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos; condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução; e forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.” (grifo nosso).

Não abordaremos se a falta de um destes requisitos levará a associação à inexistência ou nulidade absoluta ou relativa, tal pontuação demandaria novas pesquisas que fogem à proposta do presente artigo. Será tomada como premissa que a ausência de um destes requisitos traz uma irregularidade na inscrição da pessoa jurídica. Posto isso, continuemos.

---

[184] AZEVEDO, Damião Alves de. Partidos políticos, organizações religiosas e instituições confessionais: sua adequação ao novo código civil e a continuidade de convênios públicos. Revista CEJ, Brasília, volume 10 n. 32 jan./mar. 2006, p. 103.

[185] Id.

Logo, sendo faltante um dos requisitos do artigo 54 do Código Civil, muito provavelmente a associação terá problemas para comprovar que é uma instituição regular e se o Supremo vislumbrar alguma irregularidade condenará a instituição como ilegítima.

Tal raciocínio segue a linha de que, como visto retro, o STF leva em considerações até os mínimos aspectos formais de regularidade quando se trata de legitimados do controle de constitucionalidade, como é o caso da exigência do depósito da inscrição no Ministério do Trabalho para as Confederações Sindicais.

Outro ponto importante de uma associação: devem possuir uma assembleia, pois a "assembleia, ainda quando a pessoa jurídica se componha de poucos membros, é o órgão pelo qual esses manifestam vontade. Se falta a assembleia, não se trata de associação, nem de sociedade"[186].

Ainda é imperativo que tais legitimadas sejam realmente associações e não fundações, por que como se bem sabe são institutos diferentes, possuindo estrutura e feitos jurídicos diferentes. Tal observação se faz necessária uma vez que:

> Há um grande número de entidades registradas em cartório como se fossem associações, mas que não possuem associa- dos, tendo apenas uma diretoria que, em regra, é nomeada por terceiros (frequentemente um conselho central, que é outra pessoa jurídica). É o que acontece muitas vezes com algumas entidades vinculadas à tradicional e respeitada Sociedade São Vicente de Paula, cuja forma de organização, que remonta ao Brasil Colônia, inspira-se claramente nas ordens religiosas, afinal trata-se de uma irmandade leiga.[187]

No entanto estes requisitos apenas conseguem alçar à instituição (de inspiração) religiosa à um campo local ou estadual. Caso estas associações desejem ser legitimada ativa nos moldes do artigo 103 da CF devem alcançar o campo nacional e para isso basta uma aplicação análoga às entidades de classe nacional, ou seja, será exigido das associações religiosas representação em 9 (nove) estados da República, em outros termos, deverá possuir ser uma associação

---

[186] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado – Tomo I – Parte Geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 324.
[187] AZEVEDO, p. 104.

de nível nacional com 9 “filiais” estaduais que preencham os requisitos anteriormente mencionados.

Preferimos utilizar os critérios da entidade de classe para alçar as associações religiosas a nível federal por uma questão de maior semelhança estrutural, afinal as associações religiosas “seriam” uma “entidade de classe religiosa”. A diferença entre ambas é a regulamentação por diplomas diferentes e que uma é de categoria profissional e a outra religiosa.

Impossível seria utilizar os parâmetros da Confederação Sindical, uma vez que exige uma previa sindicalização e envolve relações trabalhista. Ou seja, em nada relacionado a estrutura de uma associação religiosa.

Um exemplo de associação religiosa de âmbito nacional que preenche estes requisitos, *a prima facie,* é a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, que possui Estatuto Canônico e Regimento aprovado pelo Decreto nº 7.107/2010 e “afiliadas” espalhadas por todas as regiões do Brasil.

3. Amicus curiae

O processo objetivo é caracterizado pela ausência de partes, havendo apenas requerentes (legitimados ativos), sem parte contrária, uma vez que a parte oposta é a lei. No entanto, advinda de experiências constitucionais norte-americanas, surge o “amicus curiae”, do latim “amigo da corte”. Sua atuação consiste na apresentação de memorial e eventual sustentação oral que objetiva auxiliar a Corte em sua decisão. “Isso possibilita maior participação social ao controle judicial de constitucionalidade e tornando-o mais transparente e democrático”[188]

Esta figura processual não participa do processo de forma simples. Para poder oferecer auxílio à Corte, necessita demonstrar admissibilidade, representatividade e relevância da matéria tratada na ação de controle constitucional.

---

[188] DIMITRI e DIMOULIS, 2011, p. 230.

Sua atuação processual é restrita: pode pedir participação no processo somente até o julgamento[189], apresentar apenas memoriais e realizar sustentação oral de 30 minutos[190] meramente informativos e somente podem impugnar as decisões de não admissibilidade de intervenção nos autos, as demais não, pois, afinal, não são requerentes[191].

Atualmente as associações religiosas nacionais podem, tranquilamente, atuar como “amicus curiae” em qualquer processo, desde que comprovem que se trata de caso complexo e que necessita de maior elucidação, através de uma maior participação democrática, com audiências públicas.

No caso, por exemplo, da ADPF 54, que abordava o aborto de anencéfalos, a CNBB, a Católica pelo Direito de Decidir, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e a Associação pelo Desenvolvimento da Família requisitaram incialmente participar como “amicus curiae”, tendo seus pedidos negados. Somente após certo tramite da ação e parecer do Procurador Geral da República é que se observou que o caso suscitava múltiplas visões e tratava-se de assunto complexo, sendo marcados quatro dias de audiências públicas e aceitos as mais variadas instituições como “amicus curiae”.[192]

Um amigo da Corte deve apresentar em seus memoriais e sustentações argumentos favoráveis e desfavoráveis ao julgamento da ação, no entanto o que se vê na prática no STF é outra realidade.

Em 95% das ações de controle abstrato com atuação de “amicus curiae”, esses últimos defendiam a tese de improcedência ou procedência, não se preocupando em apresentar argumentos em ambos sentidos para auxiliar a Corte em sua fundamentação. Dito de outra maneira, temos na prática mais amigos de uma das partes interessadas do que amigos da Corte.[193]

---

[189] Decisão monocrática na ADC 18, Rel. Min. CELSO DE MELLO, plenário, julgado em 03-4-2012.

[190] Artigo 131, § 3º e 132, § 2º do RISTF.

[191] ADI 3.615-ED, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, julgamento em 17/03/2008, Plenário, *DJE* de 25/04/2008.; ADI 3.934-Embargos de Declaração em Agravo Regimental, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, julgamento em 24/02/2011, Plenário, *DJ* de 31/03/2011; ADI 2.591-Embargos de Declaração, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 14-12-2006, Plenário, *DJ* de 13-4-2007.

[192] GOMES, Daniele. A ADPF e o cenário ativista do Supremo Tribunal Federal. Direito Net, Brasil, 10 de maio de 2010.

[193] DIMITRI e DIMOULIS, p. 231.

Por exemplo, para o julgamento da ADPF 54, foram admitidos, através de audiência pública, 25 pessoas ou instituições na qualidade de amicus curiae[194], sendo que nenhum atuou como verdadeiro amigo da corte. Os órgãos religiosos defendiam seus próprios dogmas, protestando pela não procedência da ação e, consequentemente, pela não interpretação favorável ao aborto de anencéfalos; Os órgãos científicos-médicos, apresentavam pareceres científicos das áreas, sendo favoráveis à procedência da ação; E os grupos ativistas de direitos humanos protestavam pela defesa do grupo minoritário qual representavam.

4. Capacidade postulatória

Finalmente, devemos abordar a capacidade postulatória.

O STF entende que alguns legitimados do artigo 103 devem intentar as ações através de advogados, já outros legitimados possuem capacidade postulatória decorrente da própria Constituição[195].

Os legitimados que necessitam de demonstrar capacidade postulatória são: Os partidos políticos[196] e as Confederações Sindicais ou entidades de classes de âmbito nacional.

Pelo todo já exposto, nota-se, indubitavelmente, que as associações religiosas não possuem capacidade postulatória decorrente da Constituição Federal, devendo apresentar a ação através de advogado devidamente qualificado, como assim o faz quando entra como "amicus curiae".

5. Conclusão

---

[194] Conferência Nacional Dos Bispos Do Brasil – CNBB, Igreja Universal, Associação Nacional Pró-Vida E Pró-Família, Católicas Pelo Direito De Decidir, Associação Médico-Espírita Do Brasil – AME, Conselho Federal De Medicina, Federação Brasileira Das Associações De Ginecologia E Obstetrícia, Sociedade Brasileira De Medicina Fetal, Sociedade Brasileira De Genética Médica, Sociedade Brasileira Para O Progresso Da Ciência, Deputado Federal José Aristodemo Pinotti., Deputado Federal Luiz Bassuma , Professora Lenise Aparecida Martins Garcia, Instituto De Bioética, Direitos Humanos E Gênero – ANIS, Ministro José Gomes Temporão, Associação De Desenvolvimento Da Família – ADEF, Escola De Gente, Rede Nacional Feminista De Saúde, Direitos Sexuais E Direitos Reprodutivos., Dra. Cinthia Macedo Specian, Dr. Dernival Da Silva Brandão, Conselho Federal De Direitos Da Mulher , Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, Conectas Direitos Humanos E Centro De Direitos Humanos, Conselho Nacional De Direitos Da Mulher , Associação Brasileira De Psiquiatria. (In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Gabinete da Presidência. Notas sobre a ADPF 54).

[39] ADI 127, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 20/11/1989, plenário, DJ de 04/12/1992.

[196] **ADI 131,** Rel. Min**. Sydney Sanches**, julgamento em 20/11/1989, Plenário, *DJ* de 07/12/1989.

Nota-se que as associações religiosas de âmbito nacional, caso aprovada a PEC 99, serão o inciso de número XI no artigo 103 da Constituição federal. No entanto essa adição não a faz de imediato capaz de impetrar qualquer ação de controle de constitucionalidade, deverá comprovar os elementos definidores, que podem facilmente a desqualificar, tendo em vista que são altamente complexos, devem demonstrar pertinência temática, comprovando prejuízo à si como pessoa jurídica de direito privado e não às ideologias ou dogmas protegidos por sua religião e, por fim, devem adentrar com a assistência de um advogado, vez que não possuem capacidade postulatória decorrente da Constituição Federal.

Por fim nota-se que o que pode vir a ocorrer com a aprovação da PEC 99 é que o processo, que é objetivo e visa sanar deficiência na lei, se transforme em um embate de ideologias, de dogmas, pois enquanto uma associação religiosa que representa certa religião entrar com uma ação constitucional, outra, que seja oposta, ou que tenha ideais opostos, requererá entrar como “amicus curiae”, banalizando um sistema tão especial e preciso que é o controle de constitucionalidade, empurrando-lhe uma carga subjetiva desnecessária.

Referências

AZEVEDO, Damião Alves de. Partidos políticos, organizações religiosas e instituições confessionais: sua adequação ao novo código civil e a continuidade de convênios públicos. Revista CEJ, Brasília, volume 10 n. 32 jan./mar. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito *Constitucional e teoria da constituição*. 7ª edição, Coimbra: Editora Almedina, 2003.

DIMOULIUS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gasparetto. *Curso de Processo Constitucional – Controle de Constitucionalidade e Remédios Constitucionais*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

FLAKS, Milton. *Instrumentos processuais de defesa coletiva*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, n 190: I-III, p. 61-77, out/dez, 1992.

GOMES, Daniele. A ADPF e o cenário ativista do Supremo Tribunal Federal. *Direito Net*, Brasil, 10 de maio de 2010. Disponível em: < http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5727/A-ADPF-54-e-o-cenario-ativista-do-Supremo-Tribunal-Federal>. Acesso em: 05/09/2013.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LOREA, Roberto Arriada. Intolerância religiosa e casamento gay. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). Diversidade sexual e direito homoafetivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MEDEIROS NETO, Luiz Vicente de. *A pertinência temática como requisito da legitimidade ativa para o processo objetivo de controle abstrato de normas*. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – nº 21 – ano 11 – janeiro/junho de 2003. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/21_03.pdf>. Acesso em: 19 de julho de 2013>. Acesso em: 05/09/2013.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Procedimentos cautelares e especiais: antecipação de tutela, jurisdição voluntária e ações coletivas e constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 10ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MICHAELIS: moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado – Tomo I – Parte Geral. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 01/10/2014

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoregimentointerno/anexo/ristf_maio_2013_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 01/10/2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Proposta de emenda à Constituição nº 99, de 2011, 19 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=92C74D223A24ED92D7BD04DBAD7EBA94.node2?codteor=931483&filename=PEC+99/2011>. Acesso em: 05/07/2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 18. Relator Ministro Celso de Mello, decisão monocrática julgada em 03 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565325>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Agravo Regimental em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.230. Relator Ministro **Dias Toffoli, julgamento em plenário em 01 de agosto de 2011.** Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2671584>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Embargos de Declaração em Agravo Regimental de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591. Relator Ministro **Eros Grau, julgamento em plenário em 14 de dezembro de 2006.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1990517>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Embargos de Declaração em Agravo Regimental de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.934. Relator Ministro **Ricardo Lewandowski, julgamento em plenário em 24 de fevereiro de 2011.** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2544041>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 127. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em plenário em 20 de novembro de 1989. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1492047>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 131. Relator Ministro **Sydney Sanches**, julgado em plenário em 20 de novembro de 1989. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1492116>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 138-8-RJ. Relator Ministro Sydney Sanches, julgado em plenário em 14 de fevereiro de 1990. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1631199>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 305-RN. Relator Ministro Maurício Corrêa, julgado em plenário no dia 10 de outubro de 2010. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772674/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-305-rn >. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.096-RS. Relator Ministro Menezes Direito, julgado em plenário no dia 04 de abril de 2008. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1593684 >. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº **1121-RS**. Relator Ministro **Celso De Mello**, julgado em plenário em 06 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1597174>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.151-MG. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em plenário no dia 11 de novembro 1994. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1600863 >. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.157-MC. Relator Ministro Celso de Mello, julgado em plenário no dia 01 de dezembro de 1995. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1602015>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.464-DF. Relator Ministro Moreira Alves, julgado em plenário em 13 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1642279>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.519-2-AL. Relator Ministro Carlos Velloso, julgado em plenário em 10 de abril de 1997. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1653682>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.590-7-SP. Relator Ministro Dias Toffoli, decisão monocrática julgada no dia 27 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1668811>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.549. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em plenário em 01 de junho de 2011. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1978169>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.747. Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em plenário em 16 de maio de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=2747&processo=2747>. Acesso em: 01/10/2014.

________. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 3.615. Relator Ministro **Cármen Lúcia**, julgado em plenário em 17 de março de 2008. Disponível

em:
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2337720>. Acesso em: 01/10/2014.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Conferência de Assinaturas da 54ª Legislatura 2011-2015 – PEC 0099/11, 25 de outubro de 2011. Dispnível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=92C74D223A24ED92D7BD04DBAD7EBA94.node2?codteor=932692&filename=Tramitacao-PEC+99/2011>. Acesso em 05/07/2013.

BRASIL, Ministério Público Estadual do Ceará – 2ª Promotoria de Justiça de Crato. Petição inicial de Parecer e Promoção de Procedimento De Dúvida registro Associação Religiosa/Igreja, 07 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.mpgo.mp.br/portalweb/hp/41/docs/parecer_-_procedimento_de_duvida_-_estatuto_de_igreja_e_vedacao_a_homossexual.pdf>. Acesso em: 01/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Gabinete da Presidência. Notas sobre a ADPF 54.

O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO BASE EFETIVA DA JUSTIÇA SOCIAL

THE NEOCONSTITUTIONALISM EFFECTIVE AS A BASIS OF SOCIAL JUSTICE

Rômulo de Morais e Oliveira[197]

RESUMO

O Estado atual deve, necessariamente, acompanhar o progresso social, sempre voltado a garantir os meios práticos para o desenvolvimento em seus vários segmentos, seja no plano econômico, científico e tecnológico, abrangendo, ainda, a proteção aos direitos e interesses difusos e coletivos, baseado no respeito aos direitos e garantias individuais e coletivos, sob o pilar da dignidade da pessoa humana, sempre visando concretizar as políticas estatais em benefício prático e visível para a sociedade, final destinatária dos bens e serviços públicos. No plano teleológico da justiça, suas vertentes direcionam o Estado a agir segundo seus próprios preceitos, focando o indivíduo em sua integralidade, seja individualmente ou no contexto da coletividade. O reconhecimento das bases do constitucionalismo em uma análise evolutiva do seu tempo, remete à criação de novas tendências constitucionais, que visualizam um Estado mais preocupado em fornecer garantias e reconhecer direitos aos indivíduos, estabelecendo ao Estado mecanismos limitadores do poder soberano, porém pautado em prol do bem comum nas relações sociais. O reconhecimento dessas garantias, aliadas à imposição limitadora do poder estatal, desde que concretizadas no plano fático, faz nascer a justiça ideal, sempre buscada no decorrer dos tempos na evolução da criação e aplicabilidade das normas constitucionais ao meio social que representa.

Palavras-chaves: Neoconstitucionalismo. Estado. Justiça.

---

[197] Especialista em Direito Processual Civil pela UNINTER/FACINTER. Professor do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins/TO – FCJP, que tem como mantenedora a União Educacional de Ensino Superior do Médio Tocantins – UNEST. Advogado.

ABSTRACT

The current state must necessarily accompany social progress, always geared to ensure the practical means for development in its various segments, whether in the economic, scientific and technological plan, also covering protection of the rights and diffuse and collective interests, based on respect for individual and collective rights and guarantees under the pillar of the dignity of the human person, always aiming to implement state policies in practical and visible to society, final recipient of public goods and services benefit. In teleological plan of justice, its strands direct the State to act according to their own principles, focusing on the individual in their entirety, either individually or in the context of community. The recognition of the foundations of constitutionalism in an evolutionary analysis of his time, refers to the creation of new constitutional tendencies, who see a more troubled state to provide guarantees and recognize rights to individuals, establishing mechanisms limiting the State's sovereign power, but ruled in favor the common good in social relations. The recognition of these guarantees, coupled with the imposition of limiting state power, since the factual implemented plan gives birth to ideal justice, always sought in the course of time in the evolution of the creation and enforceability of constitutional norms to the social environment that is.

Keywords: Neoconstitutionalism. State. Justice.

INTRODUÇÃO

A justiça sempre foi um imperativo de ordem das sociedades no decorrer da história, sendo um atributo valorativo de destaque que permeou o desenvolvimento social de várias civilizações.

Desde a antiguidade clássica, com destaque da filosofia grega, passando pela codificação das condutas ilícitas com suas respectivas penas e do reconhecimento de direitos, até a contemporaneidade, tem-se a justiça como o alicerce da ciência jurídica, tanto no plano teórico-doutrinário, como na aplicação do direito nas situações fáticas.

Porém, o entendimento acerca do justo pode variar no tempo ou no espaço, pois tende a receber interpretações diversas conforme os modos culturais de um núcleo social, sendo que, em um contexto geral, é a aceitação coletiva sobre determinadas normas de conduta, sejam legais ou consuetudinárias, que irão definir os critérios de justiça a serem aplicadas.

Assim, com o reconhecimento do poder institucional no meio social, aliado ao desenvolvimento político da sociedade, tem-se que a análise da justiça começou a alcançar um status mais amplo, em que a valoração do justo deixou de ser apenas no âmbito das liberdades individuais e coletivas, e passou a estabelecer limites na atuação do governante, que em tempos remotos, utilizava-se do poder soberano do Estado para priorizar suas vontades próprias em detrimento do interesse da coletividade.

Com isso, já se falava em Constituição, na medida em que os gregos e romanos, que dominavam o pensamento filosófico e político, estabeleciam categorias de normas que organizavam e fixavam os fundamentos do Estado (as normas de organização) e as normas comuns (as regras), que eram elaboradas e interpretadas em consonância com as primeiras[198].

Posteriormente, o constitucionalismo trouxe à tona a evolução do sistema constitucional, estabelecendo regras de limitação do poder autoritário e da prevalência dos direitos fundamentais, afastando-se da visão opressora de regimes anteriores.

A partir daí, o constitucionalismo passou a ser a base do sistema constitucional, sustentando os ideais libertários das revoluções norte americana e francesa, com predomínio das constituições escritas, partindo para o contexto atual onde o constitucionalismo contemporâneo se pauta na proteção dos direitos humanos com propagação para todas as nações, baseando-se, em essência, na fraternidade e solidariedade entre os povos.

Como forma de efetivar os paradigmas preceituais do constitucionalismo moderno e contemporâneo, desenvolveu-se uma teoria sólida baseada no *neoconstitucionalismo*, em que há uma carga valorativa muito forte em seus textos,

---

[198] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. ***Curso de Direito Constitucional***. 4ª Edição. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2010, p.73.

necessariamente associados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, além de políticas gerais e específicas, que buscam cumprir objetivos que partem desde a redução das desigualdades sociais, como estabelecer a obrigação do Estado em prestar serviços na área da educação e saúde, por exemplo.

O Estado, ao dar efetividade em seus comandos constitucionais, com observância aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, seguindo a tendência do *neoconstitucionalismo* como vetor de suas ações, estará atingindo, se não em sua plenitude, mas bem próxima dela, o ideal de justiça tão aclamado pela sociedade atual.

2. JUSTIÇA E SUAS CARACTERÍSTICAS

A justiça se apresenta no mundo filosófico como um conceito abstrato que pode ter seu sentido direcionado de acordo com critérios estabelecidos harmonicamente em um determinado contexto social, variando conforme o tempo e a evolução cultural de seu povo.

Paulo Nader asseverou que *"a justiça é uma das primeiras verdades que afloram ao espírito. Não é uma ideia inata, mas se manifesta já na infância, quando o ser humano passa a reconhecer o que é seu. A semente do justo se acha presente na consciência dos homens"*[199].

No entanto, para melhor compreensão de seu sentido, destaca-se três níveis de incidência da justiça: como virtude geral; como arte do bom e do equitativo; e como viver honestamente.

As sociedades virtuosas, que possuem critérios democráticos com mecanismos de efetivação de direitos, são mais propensas a serem justas. Da mesma forma, estabelecer a ideia de fazer o que é bom e equitativo acaba tendo por finalidade a efetivação da justiça. Quanto à opção de viver honestamente vai depender dos próprios integrantes da sociedade, a partir de suas opções e

[199] NADER, Paulo. ***Introdução ao Estudo do Direito.*** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 102.

vontades, como mandamentos para condutas íntegras. Com base em todas elas, não há como estabelecer qual a melhor ou pior.

A justiça sempre será relacionada ao direito, prova disso são as denominações dos órgãos judiciários que são intitulados como tribunais de uma justiça específica no âmbito da competência de aplicação de normas jurídicas atinentes a um ramo do direito.

Da mesma forma, é facilmente abordada a relação da justiça com a moral no âmbito do direito, em que se estabelece um ideal e exige-se sua aplicabilidade e seu acatamento. Condiz com a ideia de respeito ao direito do outro quando a lei lhe dá essa prerrogativa. O justo passa a ser a vontade coletiva caracterizada na lei, sendo esta a manifestação da sociedade que aceita submeter-se aos regramentos legais em benefício coletivo.

A ideia de justiça faz parte da essência do Direito. Para que a ordem jurídica seja legítima, indispensável que seja a expressão da justiça. A justiça se torna viva no Direito quando deixa de ser apenas ideia e se incorpora às leis, dando-lhes sentido, e passando a ser efetivamente exercitada na vida social e praticada pelos tribunais. Da mesma forma que o Direito depende da justiça para cumprir o seu papel, a justiça necessita também de se corporificar nas leis, para se tornar prática[200].

Nem sempre é fácil estabelecer um conceito definitivo de justiça, haja vista a pluralidade de concepções que o termo apresenta. As discussões em abstrato podem se diferenciar das soluções em concreto. A ideia é realmente promover melhorias nas vidas das pessoas.

Em uma *concepção usual geral* seu objeto é a justiça social, pois a justiça é voltada para toda a sociedade, não se preocupando com casos particulares e específicos, mas sim com análises amplas sobre o que é justo e importante no geral.

Já em uma *concepção usual particular* seu objeto é o bem particular, podendo ser *comutativa*, quando um particular dá ao outro bem que lhe é devido, ou *distributiva*, quando a sociedade é quem dá a cada um o bem que lhe é devido.

---

[200] NADER, Paulo. ***Introdução ao Estudo do Direito.*** Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 103.

Há também a existência de uma visão mais *subjetiva* e outra *objetiva* de justiça. A primeira trata a justiça como virtude, reconhecendo e dando a cada um o seu Direito. A última, no entanto, é uma qualidade da ordem que garante a cada um o Direito que lhe é devido.

Pode-se mencionar, ainda, a justiça como *valor ideológico*, em que sempre se põe um projeto de um mundo melhor, um dever-ser das condutas, da produção e do relacionamento humano.

Ainda, da justiça enquanto *legitimação*, faz-se uma observação em relação a quais decisões serão legítimas e, portanto, merecem ser acatadas na sociedade. Nesse caso busca-se adequar a justiça no sentido de aceitação coletiva.

A justiça como *aplicação* é aquela dita por "cega", ou seja, a que não vê quem está sendo julgado, quem está pedindo sua manifestação, buscando maximizar o que é justo. Já a justiça enquanto *conservação* é a expressão ideológica de um pensamento conservador, sustentada pela tríade *ordem*, *harmonia* e *igualdade*.

No que se refere à justiça social, objetiva-se a distribuição mais equânime das riquezas e que, iniludivelmente, é o caminho definitivo da sociedade e das instituições que lhe dão sustentação[201].

Finalmente, a justiça deve ser entendida como a exigência de dar a cada um o que é seu e de não causar dano injusto a outrem, considerado como nosso semelhante, e não como meio de satisfação de nossos interesses[202].

Com tudo isso, surgem paradoxos inerentes às condições de justiça: o que é justo para um, poderá ser injusto para outro; o que é ordem para um, poderá ser dominação para outro; o que é Direito para o dominado, poderá ser subversão para o dominador.

3. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A VALORIZAÇÃO DO JUSTO

---

[201] NADER, Paulo. ***Filosofia do Direito.*** Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 33.
[202] GUSMÃO, Paulo Dourado. ***Introdução ao Estudo do Direito***. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pag. 74.

Em sua atividade ordinária, o exegeta desempenha constantemente o exercício da hermenêutica como forma de estabelecer a *mens legis* da norma, decifrando na análise interpretativa o que o legislador intencionava no momento da criação da lei.

A solução dos conflitos sociais passa, necessariamente, pelo processo de interpretação das normas, pois só assim o julgador poderá dar o veredito mais condizente com o anseio de justiça esperado pela sociedade.

A lei não se destina a um corpo social moribundo, mas a uma sociedade viva, em mobilidade, tendo épocas de crise, outras de estabilidade e de desenvolvimento. Por isso, pela interpretação, deve-se adaptar a velha lei aos novos tempos, sem, entretanto, abandoná-la[203].

No âmbito da interpretação constitucional, tal função é extremamente importante, na medida em que a Constituição dará validade para as demais normas do ordenamento jurídico (Kelsen). Assim, deve-se decifrar o seu verdadeiro alcance, a fim de conhecer, por consequência, a abrangência de uma norma infraconstitucional[204].

Porém, em algumas situações o interprete da Constituição poderá encontrar dificuldades na adequação da norma constitucional aos casos concretos, tendo em vista a possibilidade de ocorrência de reformas na Constituição ou mutações constitucionais.

A reforma constitucional ocorre pela simples modificação de seu texto normativo na forma previamente definida pelo legislador constituinte originário (emendas), podendo ser na forma de alteração, supressão ou acrescentando artigos ao texto originário.

Já as mutações constitucionais são mudanças que ocorrem na forma interpretativa que se dá à norma constitucional, ou seja, a transformação não é do texto em si, mas na interpretação daquela regra enunciada.

---

[203] GUSMÃO, Paulo Dourado. ***Introdução ao Estudo do Direito***. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pag. 228-229..

[204] LENZA, Pedro. ***Direito Constitucional Esquematizado***. 18ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 157.

Nesse sentido, tanto o legislador, como o julgador, no campo da sistemática interpretativa da norma constitucional, agirão conforme o sentido teleológico da norma, buscando sempre atingir a finalidade prevista pelo legislador originário no momento da criação da lei constitucional, sendo que a interpretação coerente aos princípios da norma criada ensejará no atendimento à justa posição da aplicabilidade da norma no mundo dos fatos.

Há que se enfatizar que em algum momento o aplicador da norma se verá diante de uma situação fática complexa onde algumas normas jurídicas poderão entrar em aparente conflito, ensejando, assim, um maior cuidado na interpretação da norma constitucional.

Daí falar-se em uma nova hermenêutica, a partir do momento em que o julgador irá mudar o modo interpretativo (mutação) de forma a enquadrar a aplicação da norma constitucional ao caso concreto, visando atingir, em sua concretude, a solução adequada (justa) à demanda proposta pelo jurisdicionado.

E a nova hermenêutica acompanha os pilares do *neoconstitucionalismo* na medida em que, no seu método interpretativo se vale de uma sólida carga de valores constitucionais, com forte inclinação para a efetividade dos direitos e garantias fundamentais na busca pelo cumprimento do objetivo fundamental da dignidade da pessoa humana.

O *neoconstitucionalismo* reforça a ideia de uma nova hermenêutica, em que há, além do reconhecimento da forma normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional, o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, a substituição dos códigos pela Constituição em termos de força normativa, substituição da legalidade pela constitucionalidade, substituição da lógica formal pela lógica do razoável, valorização dos princípios e entronização da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.

Nessa linha de ideias, reforça o entendimento de que não há princípio mais importante do que o outro. Muito menos são absolutos. Todos são passíveis de relativização. Há alguns princípios que são aplicáveis à nova hermenêutica, dentre eles, o princípio da supremacia da constituição, da presunção de constitucionalidade de leis e atos do poder público, da intervenção conforme a constituição, da unidade

da constituição, da razoabilidade ou da proporcionalidade e, por fim, o princípio da reserva do possível.

Vale destacar que nessa nova hermenêutica há nítida diferenciação de regras e princípios em que, de forma resumida, possuem as seguintes diferenças: enquanto que as regras refletem o texto, são concretas, topográficas e na colisão entre regras gera a exclusão de uma, os princípios refletem valores, são abstratas, não topográficas e na colisão de princípios há a ponderação entre eles.

Para finalizar, importante destacar dentre os princípios de interpretação constitucional, o princípio da *justeza* ou *da conformidade* (exatidão ou correção), em que o intérprete máximo da Constituição, ao concretizar a norma constitucional, será responsável por estabelecer a *força normativa* da Constituição, não podendo alterar a repartição de funções constitucionalmente estabelecidas pelo constituinte originário, como é o caso da separação de poderes, no sentido da preservação do Estado de Direito[205].

4. ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Um dos problemas da sociedade contemporânea se resume na dificuldade de acesso amplo à justiça. Nesse sentido, o Estado, por meio de seus órgãos judiciais, deve disponibilizar o amplo acesso de seus cidadãos quando pretenderem buscar a efetivação das normas jurídicas, onde o Estado terá a incumbência de solucionar os problemas e estabelecer a harmonia social.

As Constituições modernas, caminhando para o desenvolvimento do *neoconstitucionalismo*, deve estabelecer como norma constitucional fundamental, a inafastabilidade da jurisdição ao cidadão, vez que o Estado, quando assume o papel de juiz das demandas sociais, deve, ao mesmo tempo, propiciar os meios necessários para o indivíduo ter seu anseio de justiça atendido.

Além do mais, o acesso à justiça deve ser amplo, cuja restrições sejam no plano meramente processual, desde que não restrinja direitos fundamentais

---

[205] LENZA, Pedro. ***Direito Constitucional Esquematizado***. 18ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 172.

previstos na Constituição. Não há que se falar, nem mesmo, na necessidade de esgotamento das vias administrativas para o ingresso no Judiciário.

O acesso à ordem jurídica justa se traduz em um preceito normativo de ordem universal e fundamental, sendo um princípio mínimo à disposição da sociedade e subsidiada por um Estado Democrático de Direito.

Mas, modernamente, passou-se a entender a questão do acesso à justiça como a possibilidade de exercício da ampla defesa, do contraditório, da produção de provas e de ter uma sentença justa.

Porém, os problemas atualmente enfrentados pelos jurisdicionados giram em torno principalmente de obstáculos econômicos, que se refletem no alto custo da litigação, bem como na lentidão dos processos que acaba convertendo-se em custo econômico.

Além do mais, o acesso à justiça encontra barreiras socioculturais, como o desconhecimento, ou pouco conhecimento, dos direitos pelas classes menos favorecidas, a hesitação em recorrer ao Poder Judiciário, e também a falta de acesso aos serviços jurídicos gratuitos, bem como a falta de investimentos necessários em Defensorias Públicas.

Outro problema comum no que tange ao acesso à justiça envolve a morosidade da tramitação dos processos, especialmente em relação às custas internas da morosidade, ligadas a ausência de gestão administrativa do cartório, ou mesmo em relação às causas externas (muitos recursos, formalismos processual, litigiosidade, falta de orçamento).

Destaca-se, por fim, que soluções podem ser encontradas para os problemas atinentes à falta ou ao alto custo do acesso à justiça. Para isso, o Estado deve preocupar-se em desburocratizar as condições internas do processo, democratizar o acesso ao Judiciário, informalizar a justiça, dentre outros.

5. CONSTITUCIONALISMO, NEOCONSTITUCIOINALISMO E A EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

5.1. Evolução do constitucionalismo

O constitucionalismo, ou movimentos constitucionais, traduz-se em uma conquista jurídica, política e social, que tratou especificamente de técnicas de limitação do poder com fins garantísticos. Traduz-se em um claro juízo de valor, podendo ser considerada uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo[206].

No dizer de Dirley da Cunha Júnior, *"no constitucionalismo antigo, a noção de Constituição é extremamente restrita, uma vez que era concebida como um texto não escrito, que visava tão só à organização política de velhos Estados e a limitar alguns órgãos do poder estatal (Executivo e Judiciário) com o reconhecimento de certos direitos fundamentais cuja garantia se cingia no esperado respeito espontâneo do governante, uma vez que inexistia sanção contra o príncipe que desrespeitasse os direitos de seus súditos"*[207].

Desta forma, o constitucionalismo começou a estabelecer certos limites na atuação do governante sobre a gestão do Estado, principalmente quando se reconheceu a obrigatoriedade do ente estatal em estabelecer a existência dos direitos fundamentais como sendo princípio jurídico máximo do ser humano, devendo ser respeitado pelo poder estatal.

Na esteira dos direitos fundamentais, reconhecidos também como rol de direitos humanos, Cláudio de Cicco e Álvaro de Azevedo Gonzaga expõem que *"os Direitos Humanos são os direitos derivados da natureza humana, independente de idade, sexo, religião, ideias políticas ou filosóficas, país, etnia ou condição social. Decorrem da dignidade da pessoa humana e tem abrangência universal e supranacional, de modo que todas as pessoas e Estados devem respeitá-lo. Sua compreensão é acessível à inteligência humana, isto é, são racionais, independem de credo, cultura ou nível de educação"*[208].

---

[206] LENZA, Pedro. ***Direito Constitucional Esquematizado***. 18ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 66.
[207] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. ***Curso de Direito Constitucional***. 4ª Edição. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2010, p.35.
[208] CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. ***Teoria Geral do Estado e Ciência Política***. 3ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 155.

Foi uma conquista da humanidade a elevação dos direitos humanos fundamentais ao patamar de constitucionalização, sendo um importante momento de reconhecimento do respeito justo aos direitos inerentes à própria natureza humana.

José Geraldo Brito Filomeno, destaca que *"os chamados direitos individuais sintetizados pelas rubricas da 'igualdade', 'liberdade' e 'segurança' são essenciais à vida individual entre si, e desses com a entidade Estado"*[209].

Com a eclosão das revoluções sociais norte-americana e francesa, entra-se na era do constitucionalismo moderno, com a roupagem de constituições escritas como instrumentos para conter qualquer arbítrio decorrente do poder, elegendo-se o povo como o titular legítimo do poder.

Desde então, o constitucionalismo passou a ser marcado pelo liberalismo clássico, que sustentava valores como o do individualismo, absenteísmo estatal, valorização da propriedade privada e proteção do indivíduo.

Porém, o liberalismo clássico gerou concentração de renda e exclusão social, fazendo com o que o Estado passasse a evitar os abusos e limitar o poder econômico. Desta forma, a ideia de constitucionalismo se renovou, partindo para uma nova vertente.

Eis que surge o constitucionalismo contemporâneo, centrado na ideia de "totalitarismo constitucional", na medida em que os textos sedimentam um importante conteúdo social, estabelecendo normas programáticas (metas a serem atingidas pelo Estado, programas de governo) e realçando o sentido de Constituição dirigente defendido por Canotilho[210].

Nas palavras de Paulo Lopo Saraiva, *"as Constituições hodiernas, numa perspectiva jurídica-política, estatuem a organização dos poderes; definem o perfil do regime político-ideológico e proclamam e protegem os direitos e garantias fundamentais. As Constituições promulgadas no período pós-autoritário, como é o caso da Lei Básica Brasileira, de 1988, firmaram as linhas limítrofes entre a*

---

[209] FILOMENO, José Geraldo Brito. ***Manual de Teoria Geral do Estado e ciência política***. 8ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 279.

[210] LENZA, Pedro. ***Direito Constitucional Esquematizado***. 18ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 69.

autoridade do Estado e as liberdades e faculdades e garantias do indivíduo e do cidadão"[211]

5.2. Neoconstitucionalismo

Tendo em vista a evolução dos costumes e das manifestações sociais no seu aspecto de convivência em comum, o ordenamento jurídico como um todo, e em especial o texto constitucional, precisou acompanhar as novas tendências sociais, adequando a hermenêutica constitucional às demandas surgidas na atualidade.

Assim, não bastou apenas fixar direitos sociais estabelecendo normas programáticas, mas que o interprete da constituição fosse mais além, e buscasse formas efetivas de concretizar as políticas públicas que o constituinte acabou reconhecendo.

Caminhando nesse sentido, o *neoconstitucionalismo* vem estabelecendo a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático Social de Direito. Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva[212].

Para Dirley da Cunha Júnior, *"o neoconstitucionalismo, portanto, - a partir (1) da compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia, (2) da incorporação nos textos constitucionais contemporâneos de valores e opções políticas fundamentais, notadamente associados à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social, assim como de diversos temas do direito infraconstitucional e (3) da eficácia expansiva dos valores constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização*

---

[211] SARAIVA, Paulo Lopo. ***Direito, Política e Justiça na Contemporaneidade.*** Campinas: Edicamp, 2002, p. 124.
[212] LENZA, Pedro. ***Direito Constitucional Esquematizado***. 18ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas - deu início, na Europa com a Constituição da Alemanha de 1949, e do Brasil a partir de 1988, ao fenômeno da constitucionalização do Direito a exigir uma leitura constitucional de todo os ramos da ciência jurídica"[213].

Com isso, o *neoconstitucionalismo* se amolda perfeitamente aos paradigmas do ordenamento jurídico atual, pois preconiza uma maior efetivação dos direitos fundamentais. Ou seja, que a norma constitucional, considerada como o centro do sistema normativo, deve não só prever abstratamente os direitos mínimos e essenciais ao indivíduo, como também ajustar a constituição de modo a atender, na prática, os anseios sociais.

Os valores principiológicos das Constituições devem irradiar todo o ordenamento jurídico, resguardando sempre a aplicação justa da lei ao caso concreto, agindo o interprete com coerência e buscando retirar da norma toda a essencia constitucional que existe nela.

5.3. A efetivação da justiça constitucional

É impossível não estabelecer na ordem jurídica interna de um Estado a aplicação justa de suas normas como um imperativo maior do Direito. No sentido lógico-jurídico, a justiça estabelecida é nada mais do que a aplicação da norma positivada ao caso concreto.

A análise finalística da norma justa cabe ao legislador, no momento de sua criação, estabelecer o melhor resultado (justo) à solução das eventuais demandas sociais surgidas nos tribunais. Ao aplicador das normas, resguarda-lhe o dever de impor a norma, não deixando de analisar, consequentemente, os princípios constitucionais inerentes à proteção do indivíduo em respeito aos direitos fundamentais.

Além do mais, o direito constitucional caminha para evolução do *neoconstitucionalismo*, o que viria a ser o constitucionalismo do futuro, onde os

---

[213] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. ***Curso de Direito Constitucional***. 4ª Edição. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2010, p.40.

chamados direitos de terceira dimensão seria incorporado à ideia de constitucionalismo social, os valores do constitucionalismo fraternal e de solidariedade, avançando e estabelecendo um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e alguns excessos do contemporâneo[214].

A justiça seria alcançada no momento em que o conjunto social se manifestasse positivamente sobre uma norma aplicada ao caso concreto, caracterizando um sentimento de dever cumprido, baseado em uma norma jurídica garantidora de tutelas específicas.

Fazem parte da ideia de um constitucionalismo do futuro a implantação dos valores da verdade (em que o legislador constituinte apenas prometeria o que fosse possível cumprir), da solidariedade baseada na justiça social, do consenso democrático, da continuidade, da participação social, da integração entre os povos e da universalização dos direitos fundamentais.

Portanto, é plenamente possível atingir-se um nível de aplicabilidade justa das normas constitucionais, mesmo que em casos específicos fosse necessário ajustar o modo interpretativo (mutação constitucional) para se chegar no resultado justo exigido.

CONCLUSÃO

O processo de constitucionalização no decorrer dos tempos serviu substancialmente para a evolução do critério de criação e aplicação justa das normas constitucionais.

O jurista, em momento algum, pode se distanciar da valoração justa das leis, eis que elas são destinadas à população, devendo transmitir o sentimento de cumprimento legal adequado aos anseios pretendidos.

O constitucionalismo atual, ou neoconstitucionalismo conforme a doutrina vem se inclinando, deve estar voltada no sentido da interpretação e aplicação justa da norma jurídica, observando as normas essenciais da Constituição que reconhece e respeita os direitos fundamentais do indivíduo e sua dignidade.

---

[214] LENZA, Pedro. ***Direito Constitucional Esquematizado***. 18ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 70.

Nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha, *"o direito de viver dignamente estende-se a (ou desdobra-se em) todos aqueles que tornam a vida processo de aperfeiçoamento contínuo e de garantia de estabilidade pessoal, compreendendo, além daqueles acima mencionados, o direito à saúde, à educação, à cultura, ao meio ambiente equilibrado, aos bens comuns da humanidade, enfim, o direito de ser em dignidades e liberdades"*[215]

Além do mais, o jurista tem um papel relevante na construção da ciência jurídica, pois o Direito caminha ao lado da sociedade, acompanhando sua evolução e refletindo tal progresso na aplicação e interpretação da norma jurídica.

O Estado como garantidor de políticas públicas de modo a atender satisfatoriamente a sociedade, não pode se afastar das mudanças sociais que oscila no decorrer dos tempos, estando tanto o legislador como o jurista atento às novas tendências, sob pena de não atenderem o primado da justiça social.

A justiça em âmbito constitucional será plenamente caracterizada quando o Estado proporcionar o amplo acesso do cidadão aos órgãos jurisdicionais, promovendo não só a facilidade na procura das instituições jurídicas como também no atendimento satisfatório e célere das ações judiciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Edição. Salvador: Editora *Jus*PODIVM, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2014.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

---

[215] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. ***O Direito à Vida Digna***. Belo Horizonte: Fórum, 2004, pag. 25.

CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria Geral do Estado e Ciência Política*. 3ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Teoria Geral do Estado e ciência política*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Direito, Política e Justiça na Contemporaneidade.* Campinas: Edicamp, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O Direito à Vida Digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CORTES CONSTITUCIONAIS E JURISDIÇÃO INTERNACIONAL: UM ESTUDO ACERCA DA INFLUÊNCIA DOS MECANISMOS JURISDICIONAIS SUPRANACIONAIS EM ÂMBITO DOMÉSTICO[216]

CONSTITUTIONAL COURTS AND INTERNATIONAL JURISDICTION: A STUDY ON THE INFLUENCE OF SUPRANATIONAL JURISDICTION MECHANISMS IN A DOMESTIC SCOPE

Vinicius Setubal Maffei[217]

Jaime Meira do Nascimento Junior[218]

Resumo: Na atual conjuntura do direito constitucional e internacional público, muito se questiona quais seriam os reais poderes dos mecanismos internacionais de jurisdição e em até que ponto estes possuiriam o condão de contrariar, influenciar e, até mesmo, vincular a tomada de decisões pelo poder estatal, no qual se inclui o Poder Judiciário e, mais especificamente, os Tribunais Constitucionais. A resposta para tais questionamentos exige maiores reflexões acerca da inserção dos mecanismos internacionais de jurisdição no constitucionalismo e no Estado constitucional. Para tanto, abordaremos as origens da jurisdição constitucional, a relação desta com o princípio da soberania, o desenvolvimento da jurisdição internacional como resposta aos horrores da Segunda Guerra Mundial e, finalmente, sua inserção no âmago do Estado.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Jurisdição; Direito Internacional.

---

[216] O presente trabalho foi realizado com apoio do CNPq, Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – Brasil.

[217] Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo U.E. Lorena. Ex-bolsista de iniciação científica do CNPq (2013/2014). Estagiário de Direito no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.Membro do Grupo de Estudos de Direitos Humanos e Internacional Penal UNISAL Lorena.

[218] Mestre em Direito pela Université Paris II (2003) e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (2006). Promotor de Justiça membro do Ministério Público do Estado de São Paulo e coordenador do 8º Núcleo Regional do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor e Pesquisador da Graduação e Mestrado em Direito no UNISAL Lorena.

Abtract: At the present conjuncture of constitutional and public international law, often has been asked what would be the true powers of international jurisdiction mechanisms and the extent to which those would be able to contradict, influence or even vinculate the decision making by the public power, which includes the Judiciary and, specifically, the Constitutional Courts. The answer to those questions requires further considerations about the international jurisdiction mechanisms insertion into constitutionalism and into the constitutional State. To do so, we shall discuss the origins of constitutional jurisdiction, its relation with sovereignty, the development of international jurisdiction as an answer to the horrors of the Second World War and, finally, its insertion in the States core.

Keywords: Constitutionalism; Jurisdiction; International Law.

Introdução

A questão acerca da primazia ou não do direito interno, primordialmente das Constituições, em face do direito internacional, mais precisamente dos tratados e convenções internacionais, não é recente, de modo que é deveras extensa a lista de doutrinadores e até mesmo decisões de cortes internacionais e domésticas acerca do tema (CANOTILHO, 2007, p. 258).

Esta não é, no entanto, a temática principal a ser abordada no presente estudo, que visará temática diversa, ainda pouco suscitada.

Ao largo da recorrente questão acerca da eventual superioridade hierárquica de normativas internacionais em face do direito interno, o real intento que aqui se vislumbra diz respeito não somente ao eventual conflito entre normas, mas sim a crescente tensão entre as jurisdições internacionais e nacionais, que por vezes se vislumbra, com maior agudez, no que toca a temática dos direitos humanos.

Como de costume, as Cortes Constitucionais supremas tendem a não ser afeitas a uma espécie de grau jurisdicional "superior", uma vez que, como guardiãs da vontade constitucional, instituídas pelo poder constituinte originário (CANOTILHO, 2003, p. 60), tradicionalmente possuem o poder final de dizer o

direito, ainda que seja para “errar por último” (conforme tradicional expressão de Rui Barbosa).

Porém, como se torna notório, “na era do direito globalizado e universalizado (direito pós-moderno) as decisões do STF já não significam a última palavra” (GOMES, 2011). Tal inteligência tem se tornado cada vez mais frequente, não obstante a relativa perplexidade que causa em setores políticos e jurídicos do Estado brasileiro.

O cerco se fecha não apenas em matérias relativas aos direitos humanos, tampouco no âmbito brasileiro ou interamericano, mas também, e com maior proeminência, quando se vislumbra o desenvolvimento do direito comunitário europeu, no qual é pacífica a doutrina da primazia do direito da União Europeia sobre o direito nacional (BARROSO, 2009, p. 17).

Em meio a tais embates, questiona-se qual a posição a ser adotada pelos Tribunais Constitucionais ao redor do globo. As cortes internacionais já são uma realidade visível, estudada e questionada: pode uma Corte Internacional exercer poder vinculativo ou revisor sobre as decisões de uma Corte Constitucional? Até que ponto tal possibilidade, caso existente, influi na soberania dos Estados?

A fim de responder estes questionamentos, se faz necessário, primeiro, abordar o poder jurisdicional, sua relação com o princípio da soberania e as origens dos mais variados órgãos judicantes de nível internacional.

2. Soberania, Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais

Para que possamos compreender com profundidade os temas aqui abordados, é primordialmente necessário o estudo das origens da jurisdição constitucional e, posteriormente, sua relação com o *jurisdictio* internacional.

Grife-se, contudo, que aqui não se objetiva investigar as raízes do Poder Judiciário e da função jurisdicional como um todo - os quais remontam aos períodos arcaico (séc. VIII a II a.C.) e, principalmente, clássico (séc. II a.C. até III d.C.) do Império Romano (MARKY, 1995, p. 6; BARROSO, 2011, p. 29; GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2012, p. 28) -, mas tão somente do aspecto relativo ao exercício da jurisdição como manifestação do poder constituinte originário e do

princípio da soberania (ARAÚJO, 2013, p. 2), no qual a espécie jurisdição constitucional constitui o exemplo mais relevante.

Isto porque esta diz respeito à aplicabilidade, direta ou indireta, da Carta política-jurídica inaugural do Estado - da qual lastreia-se o restante do ordenamento jurídico vigente no plano interno -, o que figura o ponto mais relevante de intersecionalidade entre o ordenamento doméstico e o internacional.

Ora, assentada a premissa de que normas internacionais podem adentrar no ordenamento interno sob o manto da supralegalidade (vide voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343/SP), da constitucionalidade - *rectius*, nível hierárquico constitucional (vide voto do Ministro Celso de Mello no HC 87.585/TO) - ou até mesmo da supraconstitucionalidade (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 170), resta saber como conciliar as sentenças internacionais com o direito interno, discussão que abrange o conflito entre jurisdições.

Posto isto, pode-se sintetizar que a principal construção do constitucionalismo moderno foi a fixação de uma norma fundamental superior, rígida, escrita e que possui dúplice função: garantir os direitos fundamentais dos cidadãos e limitar o poder de mando estatal (CANOTILHO, 2003, p. 55).

Tal entendimento, porém, não se originou da noite para o dia com a Revolução estadunidense e seu corpo constitucional de normas escritas (séc. XVIII), uma vez que desde a Antiguidade Clássica (séc. VIII a.C. ao séc. V d.C.) já havia em Atenas a existência de comandos hierarquicamente superiores, os quais fundamentavam a organização do Estado e cuja alteração apenas seria possível mediante procedimento especial (ACQUAVIVA, 1994, p. 42). “Assim, a existência de um corpo de normas fundamentais sempre esteve presente nos diversos ordenamentos jurídicos, senão como noção atual de constitucionalismo, mas com a idéia da supremacia de algumas matérias sobre as outras” (MORAES, 2003, p. 32).

Contudo, foi apenas entre o século XIII (Magna Charta Libertatum, datada de 15 de junho de 1215) e o final do século XVII, na Inglaterra (COMPARATO, 2010, p. 83), que se desenvolveram diversos instrumentos normativos garantidores de respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Além disso, ao revés do que se pode imaginar, a efetividade destas garantias se concretizava pelo controle judicial. Logo, “as leis do país (*laws of the land*) reguladoras da tutela das liberdades são

dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juízes – e não pelo legislador! – que assim vão cimentando o chamado direito comum (*common law*) de todos os ingleses" (CANOTILHO, 2003, p. 55, grifo do autor).

É nesse contexto, mais precisamente no século XVI, que se origina o conceito de soberania.

A soberania - positivada pela Constituição de 1988 como fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, I) - "significa um poder político supremo e independente" (SILVA, 2006, p. 104). Ou seja, aquele segundo o qual o Estado possui, em âmbito interno, a hegemonia absoluta sobre a ordem jurídica, enquanto na ordem externa, *rectius,* no plano internacional, é inviolável e está em constante paridade com o dos demais agentes estatais.

O instituto da soberania, como dito, tem suas raízes galgadas no constitucionalismo do início da idade moderna (princípio do século XVI). Segundo Barroso (2011, p. 33, grifo do autor):

> O Estado moderno surge no início do século XVI, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo. Nasce absolutista, por circunstância e necessidade, com seus monarcas ungidos por direito divino. O poder secular liberta-se progressivamente do poder religioso, mas sem lhe desprezar o potencial de legitimação. *Soberania* é o conceito da hora, concebida como *absoluta* e *indivisível,* atributo essencial do poder político estatal. Dela derivam as ideias de supremacia interna e independência externa, essenciais à afirmação do Estado nacional sobre os senhores feudais, no plano doméstico, e sobre a Igreja e o Império (romano-germânico), no plano internacional.

O colacionado acima traz uma interessante reflexão. Como visto, o princípio da soberania nasce sob o bojo de um Estado despótico, cujos poderes achavam-se reunidos nas mãos de um único governante. Porém, o conceito evoluiu para a ideia da soberania popular, segundo a qual todo o poder emana do povo (Constituição Federal de 1988, art. 1°, parágrafo único).

Pode-se perceber assim que, ainda que o poder jurisdicional seja anterior às raízes do Estado soberano, o desenvolvimento da jurisdição constitucional (ou seja, aquela que visa, precipuamente, a guarda dos direitos fundamentais dos cidadãos, sagrados na Carta política da nação) relaciona-se ao do instituto da soberania.

Desta forma, temos em vista dois fatores que se relacionam e se confundem. A jurisdição constitucional e, teleologicamente, a criação de Tribunais Constitucionais são, na verdade, verdadeiros mecanismos de defesa da vontade soberana do povo (conjurada em um documento escrito, a Constituição), ante eventuais arbítrios dos demais poderes constituídos: Executivo, Legislativo e, até mesmo, do próprio Judiciário. Reitere-se que, como dito em linhas anteriores, esta vontade popular soberana, ao instituir o Estado, “o faz titular de competências que, precisamente porque existe uma ordem jurídica internacional, não são ilimitadas; mas nenhuma outra entidade as possui superiores” (REZEK, 2006, p. 224).

Em suma: pela soberania popular, que se manifesta fundamentalmente através do poder constituinte originário, promulga-se uma Carta Magna cujo supremo defensor, institucionalmente constituído, é um Tribunal Constitucional. Este, apesar de alheio a eventuais pressões da sociedade, ainda que estas possuam maioria Parlamentar, tem sua legitimidade e representatividade garantida na medida em que atua como garantidor dos direitos fundamentais dos cidadãos, além de que seus membros são alçados ao cargo por meio da escolha autoridades detentoras de mandato eletivo nos demais poderes (modelo que é seguido, com certas variações, em diversos Estados).

Obviamente, a jurisdição constitucional propriamente dita não é apenas exercida pelos Tribunais Constitucionais (BARROSO, 2012, p. 25), grande parte em razão do modelo difuso de controle de constitucionalidade (no qual todos os juízes, e não somente aqueles integrantes do órgão máximo do Poder Judiciário, detêm a prerrogativa de afastar a aplicação de leis e atos normativos inconstitucionais). Contudo, como dito anteriormente, a última palavra acerca da aplicação e interpretação da Constituição, ou seja, da norma fundamental que rege o Estado usualmente cabe aos Tribunais Constitucionais, seja pela via da coerção de seus precedentes (*stare decisis*), seja pela concessão de efeitos vinculativos e *erga omnes* a estas decisões.

Este é o motivo pelo qual eventuais conflitos jurisdicionais com forças supranacionais tendem a se formar de modo muito mais pungente e, invariavelmente, serem dirimidos pelas Cortes Constitucionais.

Neste sentido escreve Thomas Cooley (1891, p. 151, grifo nosso):

> The duty to pass upon a question of constitutional law may devolve upon a court of any grade, and of either the federal or the state jurisdiction. […] Nevertheless, when the court to whom the question is addressed is not the court of last resort in respect thereto, it may well be expected to proceed with more than ordinary caution and hesitation, and to abstain altogether from declaring a statute invalid unless in the clearest cases, especially if, without serious detriment to justice, the decision can be delayed until the superior court can have opportunity to pass upon it. There may be cases where, by inadvertence or accident, a bill which has gone through all the forms required for valid legislation is, nevertheless, clearly and without question invalid; *but except in such cases the spectacle of an inferior magistrate, having merely police or other limited jurisdiction, assuming to pass judgment upon the legislation of his State or country, and declare it invalid, can only be ludicrous*.

Essa situação de proeminência dos Tribunais Constitucionais permaneceu praticamente irretocada nos principais expoentes globais. Por isso, ainda que tribunais de competência global remontem ao início do século XX[219], estes possuíam viés muito mais arbitral e diplomático, direcionados à solução de controvérsias entre Estados que pouco influenciavam em assuntos internos das nações.

À comunidade internacional não cabia interferir em medidas de âmbito meramente doméstico dos Estados, sob pena de grave lesão ao princípio da soberania. Sabidamente, o ponto de virada foi a eclosão de duas Guerras Mundiais em um curto espaço de tempo. Afinal, "que os Estados pudessem acionar um tribunal internacional era, há tempos, algo impensado à ótica do direito internacional clássico. Foi preciso esperar os horrores da Primeira Guerra Mundial, e sua repetição durante a Segunda Guerra, para que tal possibilidade se tornasse concebível". (ZIEGLER, 2012, p. 50).

3. O desenvolvimento da Jurisdição Internacional

O fim da Segunda Guerra Mundial e a gradual revelação dos crimes cometidos pelos regimes totalitários que assolaram as décadas de 1930 e 1940 remoeram a comunidade internacional – sendo a Alemanha nazista e a Itália fascista os exemplos mais citados, ainda que, em se tratando de regimes totalitários, a União

---

[219] Cite-se, a título de exemplo, a Corte Permanente de Justiça Internacional, cujo Estatuto foi adotado em 1920, o qual citava, em seu artigo 1°, a Corte Permanente de Arbitragem, organizada pelas Convenções de Haia de 1899 e 1907.

Soviética e a China comunistas, além de outros, também tenham perpetrado uma parcela enorme de atrocidades[220].

Foram exatamente fatores como um respeito cego à soberania (CASSESE, 2005, p. 5), além do apoio em um positivismo kelseniano levado às últimas consequências, que possibilitaram a ascensão de teratologias como o partido nazista alemão. Sob a ótica da legalidade meramente formal, o partido nazista ascendeu e se perpetuou no poder de maneira legítima. Ou seja, "o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei" (PIOVESAN, 2011, p. 37).

Hannah Arendt, ao descrever o julgamento de Adolf Eichmann, burocrata nazista, traz uma interessante reflexão sobre a constitucionalidade de que gozavam as ordens emanadas pela cúpula do *Nationalsozialistische Deustche*, o partido Nazista (1999, p. 35, grifo do autor):

> O que ele fizera era crime só retrospectivamente, e ele sempre fora um cidadão respeitador das leis, porque as ordens de Hitler, que sem dúvida executou o melhor que pôde, possuíam "força de lei" no Terceiro Reich. (A defesa poderia ter citado, em apoio à tese de Eichmann, o testemunho de um dos mais conhecidos peritos em lei constitucional do Terceiro Reich, Theodor Maunz, então ministro da Educação e Cultura da Baviera, que afirmou, em 1943 [em *Gestalt und Recht der Polizei*]: "O comando do Führer [...] é o centro absoluto da ordem legal contemporânea".)

As atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial tiveram em boa parte a chancela estatal, dentro da qual está incluído, por óbvio, o Poder Judiciário. A título de ilustração, cite-se excerto da obra de Diemut Majer (2003, p. 16, grifo do autor), no qual se percebe como o desrespeito ao Estado Democrático e aos Direitos Fundamentais pode nascer e se consolidar à sorrelfa, sob o manto de suposta legalidade, sendo plenamente aplicado pela judicatura, fato que ocorreu na Alemanha nazista:

> Not only was the Führer's authority as such, along with its procedural and substantive unconditionality adopted without reservation by the

---

[220] Na era Stalin da URSS, pelo menos 63 mil camponeses foram executados e mais de um milhão foram deportados, entre 1929 e 1932. Em um salto para a década de 1960, a Revolução Cultural promovida por Mao Tse-Tung matou meio milhão de pessoas. Vide BROWN, 2010, p. 87 e 386.

> jurisprudence community, but, with the stroke of a pen, the obvious conclusions were drawn regarding constitutional institutions as a whole. The principle of separation of powers was declared by National Socialism to have been “overcome”; all constitutional norms were tacitly annulled; the fundamental civic rights were mocked and pilloried as “objective features” of the bourgeois constitution and proclaimed “outdated”. […] The law became merely an "expression of the will of the Führer”, and the obligation of the state organs to uphold the law was transformed into the duty to *smoothly carry out* the Führer's will.

Em linhas gerais, pode-se dizer que situações como esta levaram o Direito Internacional a procurar, de maneira mais eficaz a partir de 1945, modos de proteger a dignidade da pessoa humana, ainda que isto levasse a uma mitigação da teoria clássica do princípio da soberania (PIOVESAN, 2011, p. 40).

Esta análise, contudo, não deve ser feita de maneira superficial. O segundo pós-guerra teve como efeito catalisador não somente o desenvolvimento da jurisdição internacional na tutela dos direitos humanos, mas também a frequente positivação destes direitos em diversas constituições – como se deu na Alemanha livre do regime nazista -, e a subsequente guinada da jurisdição constitucional como protagonista no cenário jurídico e político (BARROSO, 2011, p. 108).

Em que pese este fato, tornou-se cabal para a comunidade internacional pós-1945 que também o Poder Judiciário não foi capaz, ainda que independente em relação aos demais poderes, de cumprir seu mandamento histórico-constitucional, relativo à tutela dos direitos fundamentais de seus cidadãos, o que explica, ao menos em parte, a copiosa criação de tribunais internacionais após 1945.

Esta preocupação internacional com a efetivação dos Direitos Humanos não se dá sem motivo ou por apenas por altruísmo, mas decorre também de uma necessidade prática da comunidade das nações, a fim de perseguir ideias de estabilidade mundial e paz.

Com a desenrolar das grandes guerras, percebeu-se que um objetivo de paz duradouro somente seria tangível diante da efetivação de tais direitos mesmo em Estados alheios e pouco suscetíveis ao controle internacional. Neste ponto, pontualmente explicita Bobbio que “o desprezo pelos direitos do homem no plano interno e o escasso respeito às autoridade internacional no plano externo marcham juntos. Quanto mais um governo for autoritário em relação à liberdade dos seus

cidadão, tanto mais será libertário (que me seja permitido usar essa expressão) em face da autoridade internacional" (BOBBIO, 2004, p. 38).

Tais fatos deram início a um processo que está ainda em constante desenvolvimento, cujo ponto embrionário pode ser indicado com a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945 - pela Carta da ONU -, e a adoção, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 1º proclama que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade".

Estes dois documentos são de superior importância para a ordem jurídica internacional, uma vez que, em grande parte, refletem a superação de paradigmas do passado e a busca de um ideário de justiça internacional. Seja pelo fato de que a Declaração de 1948 pode ser apontada como um marco da instituição dos indivíduos como sujeitos de direitos na ordem internacional, "adquirindo uma nova cidadania, a cidadania mundial" (BOBBIO, 2004, p. 117), seja pelo teor do artigo 103 da Carta das Nações Unidas que prevê a supremacia da mesma em detrimento de demais obrigações originárias de acordos internacionais diversos, o que erige esta Carta (que já em seu artigo 1º, 1 predispõe que as Nações Unidas tem como propósito a manutenção da paz), ao "ápice da hierarquia das normas do direito internacional público, equiparando-se à hierarquia que detêm as normas constitucionais em relação às leis e demais normas de direito interno estatal" (MAZZUOLI, 2013, p. 142).

Desta forma, assim como o segundo pós-Guerra marcou uma era de "renascimentos", também a jurisdição como meio de solução de conflitos a nível internacional se viu ressurgir após o fracasso da Liga das Nações e de suas instituições correlatas em evitar uma segunda Grande Guerra (BARACUHY, 2006).

Neste sentido, a atuação e a ingerência destas Cortes Supranacionais em âmbito doméstico se tornou cada vez mais relevante e palpável, influindo sobremaneira na vida dos cidadãos (TRINDADE, 2013, p. 14), demonstrando o quanto a jurisdição internacional se embrenhou nos âmagos do Estado, devendo ser estudada, repensada e compatibilizada pelo Direito Constitucional.

4. O cumprimento de sentenças internacionais em âmbito nacional

No capítulo antecedente foram estudadas as origens dos sistemas internacionais de jurisdição, de modo que cabe agora analisar a efetivação das sentenças proferidas por estes órgãos no âmbito doméstico, principalmente em situações de conflito com o Poder Público nacional. A questão será abordada com base na principal Corte Internacional a influenciar o Estado brasileiro: a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Isto porque este Tribunal já condenou o Brasil por violações aos Direitos Humanos em quatro oportunidades: em 4 de julho de 2006, 6 de julho de 2009, 23 de setembro de 2009 e 24 de novembro de 2010 nos casos Ximenes Lopes, Escher, Garibaldi e Gomes Lund ("Guerrilha do Araguaia"), respectivamente.

Este último ganhou maior projeção em virtude de que a sentença foi prolatada poucos meses depois do Supremo Tribunal Federal se manifestar contrariamente à revisão da Lei de Anistia (Lei n° 6.683/79). Enquanto isso, a Corte Interamericana caminhou em sentido diametralmente oposto ao afirmar que a norma "carece de efeitos jurídicos", por violar a Convenção Americana.

Fora isso, dos casos citados, apenas Escher y Otros v. Brasil (Sentença de 6 de julho de 2009. Serie C No. 200) foi encerrado, o que significa que, nos demais, as medidas de reparação determinadas pela Corte não foram consideradas satisfatoriamente cumpridas, continuando sob supervisão.

Estas condenações não se limitaram a determinar reparações meramente pecuniárias às vítimas, mas também visaram mudanças no ordenamento jurídico nacional, a efetivação de políticas públicas pelo Estado brasileiro e a realização das mais variadas diligências, a fim de evitar novas violações de Direitos Humanos. Dentre tais determinações, podem-se citar:

a) A realização de investigações e aplicação de sanções àqueles considerados responsáveis por violações de Direitos Humanos, mesmo diante de posições divergentes do Poder Judiciário e da atual legislação do país;

b) A criação do tipo penal de desaparecimento forçado de pessoas em âmbito interno, em conformidade com os parâmetros interamericanos (Gomes Lund e outros "Guerrilha do Araguaia" versus Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010 – Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas).

c) A obrigação do Estado em desenvolver programas de formação e capacitação de profissionais do ramo médico referente à saúde mental “sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria” (Ximenes Lopes versus Brasil, Sentença de 4 de julho de 2006 - Mérito, Reparações e Custas) e a instituição de programas ou cursos permanentes e obrigatórios sobre direitos humanos dirigidos a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas brasileiras (Gomes Lund e outros “Guerrilha do Araguaia” versus Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010 – Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas);

A discussão gerada pelo caso Gomes Lund, em virtude da divergência entre as cortes, amplificou-se ainda mais, adotando certo viés político, em virtude da Ação Penal n° 470/MG que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, em que réus condenados insurgiram-se contra o julgamento perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

É questionada a garantia do duplo grau de jurisdição (artigo 8, 2, h, da Convenção Interamericana), com base precípua no precedente Barreto Leiva v. Venezuela (Sentença de 17 de novembro de 2009. Serie C No. 206), no qual a CIDH determinou que o Estado venezuelano concedesse possibilidade de apelação da sentença penal condenatória a um réu que, mesmo sem possuir prerrogativa de função, foi julgado em única instância pela Suprema Corte daquele país.

Torna-se nítido que a possibilidade de mandamentos estatais serem infirmados por Cortes supranacionais tormenta o imaginário nacional, seja em razão da tradição jurídica brasileira, voltada mais à soberania interna (CANOTILHO, 2013, p. 45) - paradigma que apenas deu sinais de alteração com a vinda da Constituição brasileira de 1988 - seja até mesmo por eventuais preocupações políticas.

Contudo, como visto, a jurisdição internacional está em constante evolução desde o fim da Segunda Guerra Mundial, tendo como uma das características principais a relativização do princípio da soberania.

Isto porque às Cortes Internacionais, no âmbito de sua respectiva competência, cabe interpretar os tratados aos quais estão atreladas, de modo a exercer eficazmente sua jurisdição. Logo, assuntos que dizem respeito às diversas nações soberanas contratantes bem como à aplicação dos tratados internacionais

só podem ser dirimidos por estas Cortes, vez que os Estados se submeteram voluntariamente às suas jurisdições. Afinal, caso cada Estado-membro pudesse interpretar a sua maneira um Tratado, não haveria, de fato, um padrão jurídico a ser seguido igualmente por todos os contratantes, o que poderia gerar apenas insegurança jurídica e parca efetividade real (RAMOS, 2012, p. 355).

A teoria que justifica esta construção não é, de maneira alguma, recente. Podem-se traçar paralelos que remontam ao início do Federalismo norte-americano.

Nos anos que antecederam a adoção da Constituição dos Estados Unidos da América em 1787 e nos imediatamente subsequentes, as Treze Colônias se depararam com a problemática da instituição de um poder central, a União Federal, e como jurisdicionalizar a infinitude de relações que daí advém, as quais, por conseguinte, constituem interesses legítimos de toda a Nação.

Como as Treze Colônias se uniam para formar uma Federação, urgia a necessidade de se instituir um sistema federal de jurisdição, uma vez que caso cada Estado pudesse interpretar e aplicar, cada qual à sua maneira, a Constituição Federal e as leis emanadas pelo Congresso, não haveria padrão jurídico a ser seguido, o que geraria insegurança, instabilidade institucional e a verdadeira quebra do pacto que se formava.

Acerca destas questões preceituou Hamilton: "The mere necessity of uniformity in the interpretation of the national laws, decides the question. Thirteen independent courts of final jurisdiction over the same causes, arising upon the same laws, is a hydra in government, from which nothing but contradiction and confusion can proceed" (HAMILTON; MADISON; JAY, 2012, p. 361).

Fazia-se necessária uma força coercitiva capaz de obrigar os Estados-membros a observar fielmente a legislação federal, uniformizando a jurisprudência e, caso necessário, podendo rever as decisões proferidas em âmbito estadual. Doravante, em paralelo aos juízes e Tribunais de cada Estado-membro da federação, foi instituído um sistema federal de Justiça que culminava na Suprema Corte, um Tribunal que detêm a competência de dar a última palavra a respeito da legislação federal e da Constituição, a norma fundamental.

Ora, depois de conquistada a independência do Império britânico, o que eram as Treze Colônias senão Estados independentes e soberanos que assinavam

um pacto no qual abdicavam de parte de suas competências originárias “em Ordem de formar uma mais perfeita União”?

Atualmente, ainda que não se tratem de Estados dispostos à criação de uma nova Federação, com a derrogação total de sua soberania, os pontos similares com o panorama traçado são patentes. Afinal, se os Estados almejam objetivos comuns, conjurados em tratados internacionais, nada mais sensato do que instituir um intérprete comum destes mesmos diplomas, com a capacidade de dirimir conflitos por meio da atividade jurisdicional.

Sendo assim, não há qualquer escusa suficientemente capaz de afastar a obrigação do Estado em cumprir, peremptoriamente, as determinações emanadas pelos Tribunais internacionais. Afinal, se a competência da Corte foi regularmente aceita, o Estado acaba por integrar tal sistema normativo, não podendo se eximir do cumprimento das sentenças, sob pena de incidir nas sanções cominadas à desobediência do pacto.

Poderia-se questionar se este repasse de competências (da esfera nacional para a internacional) é válido do ponto de vista constitucional, principalmente em razão de uma suposta lesão ao princípio da soberania. Tais questionamentos não devem prosperar.

Primeiramente, a mitigação do princípio da soberania decorre por razões de ordem histórica, como dito alhures. A imposição de um viés absoluto à soberania tende a criar tensões na ordem internacional e refletir em ameaças à paz, principalmente em situações limite, de graves violações aos direitos humanos. Segundo Cassese (1999, p. 24), “no presente contexto da comunidade internacional, três valores fundamentam o sistema das relações interestatais: a paz, os direitos humanos e a autodeterminação dos povos. No entanto, em caso de colisão entre dois ou mais destes valores, deve sempre prevalecer a paz como fator preponderante”.

Em segundo lugar, esta relativização decorre também de uma necessidade prática e factual dos próprios Estados, que não podem mais garantir seu próprio desenvolvimento acaso mantenham posturas isolacionistas em relação ao restante do globo.

O intenso fluxo de capitais e de informações, o desenvolvimento tecnológico aparentemente sem limites, o aumento de protagonistas na cena internacional, com a participação de organismos internacionais, organizações não-governamentais e demais Estados, a preocupação com ameaças aparentemente intangíveis, mas nem por isso menos preocupantes, como o terrorismo, a espionagem, o uso indevido da rede mundial de computadores, crise ambiental, lavagem de dinheiro e criminalidade organizada, torna imperiosa a necessidade de que o Estado efetivamente atue em parceria com os demais atores da ordem internacional.

Neste sentido, a globalização possui, segundo Luiz Cláudio Coni, uma real força normativa fática, na medida em que a imperatividade de suas relações impõe a alteração de dogmas até então tidos como universalmente aceitos, como a própria ideia da Constituição como uma norma superior. Isto porque, em caso de um conflito desta com as necessidades da política internacional, o caminho mais politicamente viável seria a reforma da Lei Fundamental e não a denúncia ao tratado ou acordo diplomático, "dada a 'força normativa' dos fatos e a impossibilidade de isolamento diante das realidades econômicas pós-globalização" (CONI, 2006, p. 72).

Fora isso, há sempre que se ter em mira que a participação em um organismo internacional e em um sistema internacional de jurisdição de maneira nenhuma se confunde com submissão a um Tribunal estrangeiro, ou seja, afeto à soberania de um outro Estado.

Quando se trata de um ato emanado por um Estado estrangeiro, completamente alheio às instituições nacionais, é obrigatoriamente necessária a sua homologação pela autoridade brasileira competente para que possua validade em território nacional, sob pena de lesão à soberania. Contudo, esta hipótese não se confunde com o ato jurídico de um órgão jurisdicional supranacional e do qual o Estado seja parte integrante.

No primeiro caso, há a perfeita aplicação do brocardo *par in parem non habet imperium*, pois o Estado receptor não teve qualquer participação na prolação do ato, que foi totalmente regido por direito estrangeiro. Já na segunda hipótese, o Estado anuiu com o ordenamento jurídico convencional, acatando a jurisdição da Corte Internacional e, mais do que isto, se constituiu parte integrante desta instituição e de seu corpo normativo.

Ademais, cabe ressaltar que, no que toca a Constituição brasileira, o respeito à soberania e independência nacional (art. 1°, I e art. 4°, I), convive lado a lado com valores de igual ou superior importância, como a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4°, IX) , a prevalência dos direitos humanos e o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 4°, II e art. 1°, III) e a defesa da paz (art. 4°, VI).

Sendo assim, a Constituição prevê uma série de dispositivos que tendem a alargar o rol de direitos fundamentais previstos originariamente na Carta, o que acaba não só por viabilizar, mas também recomendar a adoção de tratados que visem a cooperação e a garantia em matéria de Direitos Humanos.

Neste sentido são os artigos que prevêem, *v.g.,* a aplicação imediata de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5°, §1°); a adoção de uma cláusula aberta que reconhece a existência de direitos não expressamente enumerados na Constituição, mas que decorrem do regime democrático, dos princípios adotados pela Carta ou dos tratados internacionais de que a República seja signatária (art. 5°, §2°); a equivalência a emendas constitucionais dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros (art. 5º, §3°, incluído pela Emenda Constitucional n° 45 de 2004); e, mais enfaticamente, a submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (art. 5º, §4º) e a propugnação pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos (art. 7° do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)

Em mira destes ideais, é sabido que a observância das sentenças internacionais é de rigor no território nacional, seja através da jurisprudência firmada pela Corte sobre a matéria em voga, seja pelos efeitos vinculantes que a decisão tenha refratado em âmbito interno.

Desta forma, coaduna-se com o entendimento exposto inicialmente, no sentido de que a palavra final acerca da interpretação do ordenamento jurídico não é mais prerrogativa única do Poder Judiciário nacional, mesmo de seu órgão máximo, o Supremo Tribunal Federal. A ratificação de instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos significa, como corolário lógico, o respeito ao

intérprete final destes tratados, o que, em âmbito interamericano, se personifica na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Cabe ressaltar que o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Recursos Extraordinários 349.703/RS e 466.343/SP[221] não representa óbice para a atuação da Corte Interamericana. Ainda que o Supremo possa exercer o controle de constitucionalidade das normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico, tal prerrogativa não exclui, de maneira alguma, a atuação da Corte Interamericana, que continua a ser um intérprete supranacional de toda a atuação estatal, passando por todas as esferas de poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) de todos os entes que compõe o pacto federativo, sejam eles a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios (PETERKE, 2009, 143).

Tratam-se de duas esferas distintas de controle e de proteção, o da constitucionalidade e convencionalidade. Desta maneira, é possível que, por exemplo, uma lei ou ato normativo seja plenamente compatível com a Constituição, mas simultaneamente incompatível com a Convenção Americana e os demais tratados que moldam o Sistema Interamericano, e vice-versa. Em ambos os casos, só há uma solução possível: a invalidação da norma inconstitucional ou inconvencional.

Exemplo prático ocorre no caso do julgamento, por ambas as Cortes, da Lei de Anistia, no qual, como dito em linhas anteriores, o Supremo Tribunal Federal declarou a validade da norma e a Corte Interamericana a repudiou. Em situações como esta, entendemos que a decisão prolatada pela Corte brasileira não afeta de qualquer modo a decisão internacional. Como dito na sentença do caso Gomes Lund, uma norma que contrarie a Convenção acaba por “carecer de efeitos jurídicos”, ainda que seja válida constitucionalmente, isto porque a invalidade, no caso, possui fundamento diverso.

---

[221] Segundo o qual tratados que versem sobre Direitos Humanos que sejam incorporados ao ordenamento jurídico por processo diverso daquele previsto no art. 5º, §3° da Constituição Federal detêm *status* supralegal, como o é a Convenção Americana. Ou seja, estão abaixo da Constituição Federal na hierarquia de normas.

Sendo assim, contemporaneamente há que se entender que a atuação Estatal deve passar por duas esferas de proteção, dois crivos de validade: a das normas constitucionais e daquelas que regem o Sistema Interamericano, de modo a coexistirem mutuamente dois intérpretes finais, o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Vale ressaltar que a letargia do Congresso Nacional em editar normas que confiram efetividade aos mandamentos proferidos por Cortes Internacionais as quais o Brasil se submete, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de constituir por si só uma violação à Convenção Americana (artigo 2º), não pode representar escusa para o descumprimento das sentenças internacionais.

Desponta daí a premente necessidade de que tal efetivação surja a partir do reconhecimento da obrigatoriedade e autoridade das sentenças internacionais, à semelhança daquelas proferidas em âmbito interno, pelo próprio Poder Judiciário nacional.

A interiorização do Direito Internacional requer um esforço conjunto de todas as esferas de poder e, no que toca o Poder Judiciário, cumpre a adoção de uma postura dialogal com a ordem internacional, principalmente acerca da compatibilização de jurisprudências e a garantia de respeito às decisões emanadas por órgãos a cuja jurisdição o Brasil voluntariamente se submeteu.

Neste mister, torna-se cabal que a responsabilidade por esta guinada jurisprudencial recai essencialmente sobre o Supremo Tribunal Federal, a Corte Constitucional, a qual cumpre o dever de reconhecer a aplicabilidade em território nacional das decisões não somente da Corte Interamericana, mas também de todas aqueles Tribunais Internacionais aos quais o Brasil esteja vinculado, em razão de sua posição histórica de guardião da Constituição Federal e dos direitos fundamentais.

Este estágio atual das instituições suscita inúmeras discussões e interessantes possibilidades, ainda que esta “constitucionalização” do direito internacional ainda arque com dificuldades para se desenvolver no Brasil, em razão de uma ideia ultrapassada de que o respeito às sentenças internacionais significaria lesão ao princípio da soberania, o que, como visto, não se justifica.

No que toca a validade das leis e atos normativos, além da citada Lei de Anistia, diversas outras normas, algumas até mesmo de cunho constitucional, vigentes no Brasil, dificilmente permaneceriam incólumes perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Apenas a título de exemplo, cite-se como temas polêmicos a legislação processual penal que submete civis a julgamento perante Tribunais Militares, o exercício da jurisdição penal em única instância pelo Supremo Tribunal Federal, a possibilidade da suspensão de direitos políticos de cidadãos mediante decisões sem trânsito em julgado ou proferidas pelos Tribunais de Contas e a tipificação do crime de desacato, *v.g.*

Uma vez que o Supremo Tribunal Federal adota o posicionamento de que as normas internacionais referentes a direitos humanos que não tenham sido aprovadas com o quórum especial de votação para emendas constitucionais detêm *status* supralegal, a temática acerca de dispositivos da Constituição que sejam incongruentes com as normativas do Sistema Interamericano torna-se tormentosa. Contudo, ainda que não seja o foco principal do presente artigo, cabe incidentalmente ressaltar que, no que toca o foro por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal, este pode ser compatibilizado com a Convenção Americana, sem que se tenha de praticar qualquer reforma constitucional. Isto porque a Corte Interamericana entende que a instituição de foros especiais para o julgamento de altas autoridades governamentais é compatível com a Convenção, desde que em casos tais seja concedida ao acusado a possibilidade de apelação.

Segundo a CIDH, o julgamento único por um Tribunal Superior é possível desde que normas regimentais disponham, por exemplo, que a primeira instância seja conduzida pelo Presidente ou por uma das Turmas do Tribunal, havendo a possibilidade de apelação para o Plenário, com a exclusão daqueles julgadores que já tenham opinado sobre o caso (Barreto Leiva v. Venezuela. Judgment of November 17, 2009, ¶90). Desta forma, seria possível a harmonização do foro por prerrogativa de função previsto na Constituição Federal brasileira com as diretivas

do Sistema Interamericano de Direitos Humanos através de simples alteração na legislação ordinária e regimental[222].

Em relação a legislação infraconstitucional, entende-se que é incabível qualquer discussão, de maneira que é imperativo a subserviência ao regramento interamericano. Sendo assim, eventuais incompatibilidades deverão ser declaradas pelos juízos e Tribunais pátrios, no exercício do controle de convencionalidade. À semelhança do que se dá na União Europeia, a judicatura nacional se torna também um intérprete - ainda que não o último - dos tratados internacionais que regem o sistema, devendo seguir a jurisprudência da Corte Internacional sobre a matéria.

Logo, caso esteja em voga legislação ou ato normativo contrário à Convenção Americana, este deverá ser declarado inválido, sob pena de ser questionado perante a própria Corte Internacional e ter sua invalidade reconhecida peremptoriamente, à semelhança do que ocorreu com a Lei de Anistia – não obstante a existência de forte resistência ao acatamento desta decisão, ao menos enquanto perdura o silêncio do STF sobre o assunto.

Porém, as possibilidades de efetivação do Sistema Interamericano em nível doméstico vão muito além da invalidação de normas. Por exemplo, a omissão estatal em editar dispositivos que viabilizem o exercício de direitos previstos na Convenção constitui uma violação do dever de adotar disposições de direito interno, de modo que a Corte pode determinar um prazo para que o Estado promulgue a legislação necessária.

No caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, três juízes venezuelanos foram destituídos de seus cargos por “haver incorrido em um erro judicial inescusável”. Ao final do processo, a Corte entendeu que a destituição dos juízes representava “o resultado de um processo lesivo das garantias judiciais e da proteção judicial”, determinando a reintegração das vítimas ao cargo e, mais do que isto, determinando prazo de 1 (um)

---

[222] O Supremo Tribunal Federal sinaliza para esta mudança através da Emenda Regimental 49/2014, que repassou parte da competência penal originária para as Turmas, em detrimento do Plenário, que continua a julgar apenas os Presidentes do Três Poderes e o Procurador-Geral da República. Vide artigos 9°, I, *j, k*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

ano para que o Estado venezuelano adotasse as medidas necessárias para a aprovação de um Código de Ética do Juiz e da Juíza Venezuelanos.

Além disso, uma vez que toda a ação ou omissão estatal pode ser objeto de apreciação pelo Sistema Interamericano, nada impede que também atos judiciais, como sentenças e decisões interlocutórias sejam analisadas em processos perante a CIDH.

Sendo assim, é possível que uma decisão do Poder Judiciário seja lesiva a direitos reconhecidos pela normativa do Sistema Interamericano, de modo que a Corte, além de conceder dada retribuição ao lesado, determine a superação do julgado, mesmo aquele acobertado pelo manto da coisa julgada. Isto porque, em que pese o instituto da coisa julgada possuir matiz constitucional (artigo 5°, XXXVI), suas hipóteses de revisão, como a ação rescisória ou a revisão criminal, são delimitadas pela legislação infraconstitucional.

Calha ressaltar que, por óbvio, a normatização de um direito fundamental pela legislação infraconstitucional não pode vir a esvaziar o conteúdo do próprio direito que se procura regulamentar, sob pena do dispositivo se tornar letra morta. Contudo, não parece que o conteúdo do direito fundamental à coisa julgada se esvaia quando se tem em vista a possibilidade da Corte Interamericana apreciar a convencionalidade de decisões proferidas pelo Poder Judiciário nacional. Isto porque, além de se tratar de hipótese excepcional, o Judiciário não pode se escusar de cumprir as obrigações impostas pela normativa interamericana, uma vez que também ele faz parte do Poder Público estatal, o qual pode ser integralmente alvo de análise perante o Sistema Interamericano.

Deste modo, negar a mencionada prerrogativa à Corte Interamericana é negar vigência ao artigo 63(1) da Convenção, que “buscou atribuir à sentença que reconhece a afronta ao direito fundamental a mais ampla eficácia possível [...]. Não se consagra apenas o direito à reparação do dano, mas também e especialmente o direto exercício do direito violado” (TALAMINI, 2009, p. 216).

Como o Estado brasileiro faz parte do sistema da Convenção Americana, esta prerrogativa da Corte é integrante do ordenamento jurídico interno, constituindo uma das hipóteses de relativização da coisa julgada.

Na seara cível, o poder revisório das decisões da Corte Interamericana já é reconhecido por renomados processualistas, dentre eles Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2008, p. 581), segundo os quais o principal problema a se solucionar não seria a garantia da coisa julgada, mas sim o direito ao contraditório daquele prejudicado pela desconstituição da sentença.

Mais uma vez, esta prerrogativa não esbarra na garantia da coisa julgada. Afinal, se parcela considerável da doutrina admite a relativização da mesma em casos de inconstitucionalidade do fundamento jurídico do julgado, também com razão haveria de se admitir no caso de inconvencionalidade, ainda que concordemos que o tema da relativização da coisa julgada é sensível e deva ser raciocinado cuidadosamente (ROCHA, 2009).

Não obstante, seguindo-se este posicionamento, não se vislumbra óbice para que a sentença da Corte Interamericana possua caráter semelhante também na seara penal, como uma espécie diversa da revisão criminal de desconstituição ou reavaliação de julgados. Uma vez que o Estado é devidamente representado no processo em trâmite perante a CIDH e sendo ele o principal interessado no que toca o exercício da persecução penal, mesmo em casos de ação penal de iniciativa privada, não subsistem maiores impedimentos para que esta própria Corte determine a realização de novos julgamentos, realizados com a fiel observância dos direitos fundamentais, e expeça ordens de soltura aos Estados, ao vislumbrar a existência de processos viciados, persecuções infundadas, ou com base em tipos penais reconhecidamente incompatíveis com a Convenção Americana.

A problemática maior, aqui, surge por outro ângulo. Isto porque a atuação da CIDH não necessariamente se limita a garantir ao máximo os direitos de defesa do réu. Pode-se imaginar uma hipótese de grave violação dos direitos humanos analisada sob um processo penal maculado pelo conluio entre Autoridades Públicas e os réus, em que a persecução tenha sido instaurada de modo meramente aparente, e em que ao final tenha ocorrido a absolvição dos acusados, mesmo com a existência de provas robustas. Ou, mesmo que não se perceba tal condição nefasta de maneira tão patente, o Estado, por mera ineficiência, tenha falhado em responsabilizar criminalmente quem deveria ter sido punido.

Em situações como estas, poderia a Corte, por exemplo, desconstituir um julgado absolutório e determinar a realização de um novo julgamento, no qual haja não a obrigação de condenação, mas sim de observância de uma acusação eficiente e de um julgamento imparcial? Não se estaria aí a ferir a proibição ao *bis in idem*, ou *double jeopardy*, na medida em que não se pode processar alguém duas vezes pelo mesmo fato, esbarrando em garantias fundamentais consagrados pelo Direito Penal?

Esta ideia tem sido abordada com maior especificidade sob o foco do Estatuto de Roma, que possibilita ao Tribunal Penal Internacional julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal em casos de desvirtuamento da jurisdição (vide artigo 20, 3, *a* e *b*).

Ou seja, no caso de cometimento de genocídio, crimes de guerra e crimes contra a humanidade, cuja competência subsidiária para persecução reside no TPI, poderá este Tribunal ignorar um julgamento doméstico e determinar a entrega do acusado, de modo a instaurar ele próprio novo processo penal. George Rodrigo Bandeira Galindo defende a validade da norma ao afirmar que a mesma garante a efetivação da justiça, uma vez que "há, sem dúvida alguma, uma presunção forte de imutabilidade da coisa julgada, mas não há como mantê-la se seus pressupostos violam postulados básicos da justiça" (2013, p. 533).

Entendendo-se como válida a norma do Estatuto de Roma, não vislumbramos maiores impedimentos para que à Corte Interamericana fosse reconhecida semelhante prerrogativa. Obviamente que o novo julgamento haveria de ser realizado pelo próprio Estado cujo *decisum* anterior foi ignorado, em razão da CIDH não deter competência para julgar indivíduos e ainda mais sob o viés do direito penal internacional.

Contudo, a disposição é conflituosa, não existindo soluções pacíficas. Se por um lado está em jogo a efetividade da justiça, o recorrente subjetivismo do conceito tende a equilibrar os lados da balança, de modo que todos os interessados poderão se agarrar a direitos fundamentais para fazer valer seu interesse, possuindo cada qual sua parcela de razões pertinentes: seja pela realização de um novo julgamento, seja pela manutenção do anterior.

Conclusões

Por meio do presente trabalho procurou-se expor um panorama acerca da origem de conceitos como soberania, jurisdição constitucional e Tribunais Constitucionais, além dos principais motivos que determinaram a abertura da ordem interna para uma cultura jurídica cosmopolita, visando ideais de integração global, busca da paz e garantia dos Direitos Humanos.

Neste ponto, procurou-se demonstrar que soberania e guarda dos direitos fundamentais andam juntos. Afinal, como demonstra a história, a abordagem dissociada destes conceitos resulta em barbárie, quebra do pacto democrático e, em última análise, rupturas da paz no plano interno e internacional.

Logo, se o Poder Judiciário, a jurisdição constitucional e os Tribunais Constitucionais tem sua razão de ser na proteção da Constituição e, por conseguinte, dos Direitos Fundamentais, daí decorre a obrigatoriedade destes em acatar a jurisprudência e as determinações das Cortes Internacionais as quais o Estado esteja atrelado.

Este é um dos principais desafios da justiça constitucional brasileira para os próximos anos, conforme se depreende do discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal do Ministro Ricardo Lewandowski, em 2014:

> É preciso, também, que os nossos magistrados tenham uma interlocução maior com os organismos internacionais, como a ONU e a OEA, por exemplo, especialmente com os tribunais supranacionais quanto à aplicação dos tratados de proteção dos direitos fundamentais, inclusive com a observância da jurisprudência dessas cortes[223].

A importância dos Tribunais Internacionais cresce exponencialmente ao redor do globo. Cada vez mais seus precedentes e determinações são levados em consideração dentro do território nacional. O alcance deste estágio ideal das instituições se aproxima dia após dia, seja através da jurisprudência, profundos estudos da doutrina sobre o tema e alterações, ainda que modestas, na escola tradicional do ensino jurídico brasileiro.

---

[223] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoMinistroRL.pdf>. Acesso em: 25/09/2014.

Tais Cortes Internacionais são os intérpretes finais dos tratados aos quais o Estado voluntariamente se submeteu. Sendo assim, conforme se percebe pelo panorama histórico anteriormente traçado, o uso da soberania como escusa para o descumprimento de decisões não mais se justifica, mostrando-se necessária, agora, a verdadeira efetivação de uma postura dialogal entre os Tribunais nacionais e internacionais, garantindo-se assim o respeito e a higidez do ordenamento jurídico.

As construções teóricas expostas acima são apenas alguns exemplos de como a ordem externa e, mais especificamente, a judicatura internacional pode atuar, positivamente, em território doméstico. Por óbvio, é reconhecido que estas hipóteses são, no mais das vezes, situações limite, que em face da subsidiariedade, desconhecimento e burocracia que cercam os organismos internacionais de jurisdição, tendem a constituir espécimes raros de casos concretos a serem observados.

Apesar disso, este é um quadro que dá sinais de mudanças, como se pode observar não só pelas recentes condenações que sofreu o Estado brasileiro mas também pela crescente utilização da jurisprudência internacional como *ratio decidendi* pelos Tribunais pátrios, conforme apontam estudos do Ministério da Justiça (BRASIL, 2013, p. 152).

A efetividade dos sistemas jurisdicionais internacionais não é cabalmente atingida somente quando vítimas alcançam uma sentença de procedência ou um parecer favorável em âmbito externo, mas sim quando as próprias instituições públicas nacionais observam e respeitam, voluntariamente, a jurisprudência dos Tribunais Internacionais dos quais o Brasil seja signatário. Neste sentido, em que pesem os inúmeros percalços no caminho, aparentamos avançar.

Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ARAÚJO, Luis Cláudio Martins de. O diálogo institucional entre cortes locais e cortes transnacionais. *Revista da AGU*, Brasília, n. 134, 2013.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal.* São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BARACUHY, Braz. A crise da Liga das Nações de 1926: realismo neoclássico, multilateralismo e a natureza da política externa brasileira. *Contexto Internacional.* Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, Dec. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-85292006000200002>. Acesso em: 10/07/2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

______. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

______. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BLOKKER, Niels. Is the authorization authorized? Powers and practice of the UN Security Council to authorize the use of force by 'coalitions of the able and willing'. *European Journal of International Law*, v. 11, n. 3, p. 541-568, 2000. Disponível em: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/11/3/541.full.pdf+html>. Acesso em: 25/06/2014.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Ministério da Justiça*. O impacto no sistema processual dos tratados internacionais*. Coordenador: José Luis Bolsan de Morais. Brasília: Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013, p. 152. Disponível em: <http://issuu.com/justicagovbr/docs/pesquisa_-_tratados_internacionais_>. Acesso em: 04/08/2014.

BROWN, Archie. *Ascensão e queda do Comunismo.* Rio de Janeiro: Record, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

______. Os métodos do achamento político. In:______; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

______; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CASSESE, Antonio. Ex iniuria ius oritur: are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community? *European Journal of International Law,* v. 10, 1999, p. 24. Disponível em: <http://ejil.oxfordjournals.org/content/10/1/23.full.pdf+html>. Acesso em: 02/07/2014.

______. De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional. In: AMBOS, Kai; CARVALHO, Salo de (coords.). *O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre os Fundamentos e a Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional.* Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONI, Luiz Cláudio Queiroz. *A internacionalização do poder constituinte.* 2006. 180 f. Tese (Mestrado em Direito das Relações Internacionais) – Centro Universitário de Brasília, Brasília. 2006.

COOLEY, Thomas. *The general principles of constitutional law in the United States of America*. 2ª ed. Boston: Little Brown and Company, 1891.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil Volume 2*. 3ª Edição. Bahia: Jus Podivm, 2008.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Comentário ao artigo 7° do ADCT. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GOMES, Luis Flávio. Coluna do LFG: A Lei de Anistia viola convenções de direitos humanos. *Consultor Jurídico*, 10 de março de 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-mar-10/coluna-lfg-lei-anistia-viola-convencoes-direitos-humanos>. Acesso em 23/06/2014.

______; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Crimes da Ditadura Militar e o "Caso Araguaia": aplicação do direito internacional dos direitos humanos pelos juízes e tribunais brasileiros. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição - Ministério da Justiça*, Brasília, n. 4, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist* (seleção e edição por Jim Manis). Pennsylvania: A Penn State Electronic Classics Series Publication (State College: Pennsylvania State University), 2012.

MAJER, Diemut. *"Non-Germans" under the Third Reich: The Nazi Judicial and Administrative System in Germany and Occupied Eastern Europe, with Special Regard to Occupied Poland, 1939-1945*. Maryland: The John Hopkins University Press (published in association with the United States Holocaust Memorial Museum - Washington, DC), 2003.

MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral.* 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2ªed. São Paulo: Atlas, 2003.

PETERKE, Sven (coord.). *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TALAMINI, Eduardo. O Exame de Sentenças da Jurisdição Brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. Curitiba, jan./dez. 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos.* Brasília: FUNAG, 2013.

ZIEGLER, Andreas R. As Convenções da Haia e sua importância para a solução pacífica de controvérsias no início do século XXI. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (coords). *Manual de Direito processual internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA DIFUSA: UM ESTUDO DAS EXPERIÊNCIAS DE ESPANHA E ITÁLIA

THE EXPANSION OF THE DIFFUSE CONSTITUTIONAL JURISDICTION: A STUDY OF THE EXPERIENCES OF SPAIN AND ITALY

Marcus Firmino Santiago[224]

Resumo: O Brasil vive um processo de esvaziamento progressivo da jurisdição constitucional exercida de modo difuso, que perde espaço em favor do modelo concentrado, de base europeia, sempre referido como o exemplo a ser seguido, exaltando o papel das Cortes Constitucionais e sua atuação exclusiva no controle de constitucionalidade. Há, contudo, um equívoco nesta caminhada, que se evidencia pela análise da realidade presente em diversos países europeus, cujos sistemas de justiça constitucional estão cada vez mais abertos a incorporar elementos típicos do modelo difuso, de orientação norte-americana, mostra de uma preocupação em adequar a jurisdição ao desenho constitucional dominante desde o pós Segunda Guerra. O estudo das experiências italiana e espanhola ilustra o caminho trilhado naquele continente e deve servir como referência para se repensar o processo de abandono do sistema difuso no Brasil.

Palavras-chave: Jurisdição constitucional; Sistema americano; Sistema europeu.

Abstract: Brazil is experiencing a process of progressive emptying of constitutional jurisdiction exercised in diffuse mode, which loses space in favor of the model focused, European-based, always referred to as the example to be followed, extolling the role of Constitutional Courts and his performance in the constitutionality control. There is, however, a misconception on this option, which is evidenced by the

---

[224] Doutor em Direito do Estado – UGF/RJ. Professor do Curso de Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Advogado.

analysis of reality present in several European countries, whose constitutional justice systems are increasingly open to incorporate typical elements of the diffuse model, American guidance, which shows a concern to adapt the jurisdiction to the dominant constitutional design since the post World War. The study of Italian and Spanish experiences illustrates the path trodden in that continent and should serve as a reference to rethink the process of abandonment of the fuzzy system in Brazil.

Key-words: Constitutional jurisdiction; American system; European system.

Introdução

Em sua origem e durante várias décadas, o sistema de controle judicial de constitucionalidade brasileiro se filiou ao modelo norte-americano, adotando um mecanismo que permite analisar a validade das normas jurídicas de forma difusa e em concreto por qualquer instância do Poder Judiciário.

Esta tradição nacional, contudo, vem sendo suplantada pela incorporação de elementos oriundos do denominado sistema europeu, que deposita sua confiança em um modelo de controle concentrado e abstrato, realizado com exclusividade por uma Corte Constitucional, instância organizada de modo apartado dos Poderes estatais tradicionais e que, em muitos casos, funciona como uma espécie de Poder Moderador.

Segundo Gilmar Mendes, "A amplitude conferida pela Constituição de 1988 ao controle abstrato de normas contribuiu para tornar visíveis as inadequações ou insuficiências do modelo difuso de controle de constitucionalidade."[225] Tais insuficiências, combinadas com a expansão do sistema concentrado por obra do novo desenho constitucional surgido em 1988, estariam levando a jurisdição constitucional brasileira a uma transição, num movimento que claramente aponta

[225] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1254.

para a redução do papel desempenhado por instrumentos típicos do sistema difuso e o crescimento do modelo concentrado, que toma seu lugar.

O alargamento do rol de legitimados para propositura de ações diretas, assim como a previsão de novas modalidades procedimentais para controle em abstrato da validade das leis, seriam marcantes indícios da prioridade conferida ao arquétipo que concentra no Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de analisar a constitucionalidade das normas jurídicas. Esta tendência, iniciada com o advento da atual Constituição, representaria o movimento inicial que poderá culminar com o definitivo abandono do sistema difuso.[226]

De fato, o Congresso Constituinte de 1987/1988 cuidou de fortalecer os mecanismos procedimentais para defesa da nova Constituição brasileira. Preferiu, contudo, apostar suas fichas no modelo concentrado, conquanto tenha permitido a sobrevivência do sistema difuso. E desde a promulgação da atual Constituição, este último modelo de controle de constitucionalidade vem perdendo espaço e tendo sua eficácia contestada, sendo sucessivamente atacado em diversas frentes.

Ao argumento da necessidade (real) de reduzir a quantidade de processos que chegam ao Supremo Tribunal Federal, aprofundou-se a busca por limitar as possibilidades da jurisdição constitucional pela via difusa. De um lado, encontra-se todo um conjunto de novas leis (e, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, também de novos dispositivos constitucionais) que cuidam de fortalecer a autoridade do Supremo Tribunal Federal, reduzindo o espaço para discussões perante os demais órgãos jurisdicionais. De outro, uma postura claramente ativista da Corte Suprema nacional, que, nos últimos anos, tem buscado afirmar sua preponderância por intermédio de sucessivos julgados com os quais amplia a vinculação de todos às suas decisões.

---

[226] MENDES; COELHO; BRANCO. *Curso de Direito Constitucional. Op. cit.,* p. 1247. Interessante notar que em Portugal, país que compartilha com o Brasil um sistema misto de jurisdição constitucional, convivendo modelos difuso e concentrado, igual tendência é verificada por Carlos Blanco de Morais, encontrando-se em sua obra longa análise acerca das possíveis causas e um alerta quanto às potenciais consequências decorrentes do abandono do modelo difuso. MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional.* O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 989-1000.

Deve ser destacado, contudo, que o caminho trilhado pela jurisdição constitucional brasileira, rumo à adoção de um sistema exclusivamente concentrado, discrepa da tendência verificada em diversos países europeus, alguns dos quais frequentemente citados como referenciais nesta caminhada.[227]

Em verdade, já há algumas décadas há um claro movimento naquele continente no sentido de romper as concepções tradicionais que informaram o desenho inicial da jurisdição constitucional europeia, de tradição austríaca e inspirada na obra de Hans Kelsen. A noção de atividade desenvolvida exclusivamente por uma corte especializada cede espaço a uma lógica colaborativa, na qual o papel dos juízes ordinários (denominação atribuída a todos os julgadores que não componham a Corte Constitucional) é ampliado e exaltado, sendo-lhes confiadas variadas tarefas voltadas a imprimir efetividade à Constituição.

Tendo em mira o cenário presente na realidade brasileira, é relevante analisar as experiências de alguns países europeus nos quais as dificuldades conceituais e práticas vivenciadas pela jurisdição constitucional têm sido equacionadas por meio da abertura a uma maior participação dos juízes ordinários, movimento oposto ao ocorrido no Brasil. Daí que a presente pesquisa objetiva compreender o cenário atual da jurisdição constitucional em algumas nações que, tradicionalmente, são fontes de referência para os estudos da matéria, como forma de lançar novas luzes sobre o debate acerca da manutenção e valorização do sistema difuso.

A escolha por uma análise mais detida da realidade vivenciada na Espanha e na Itália se deve ao grau de avanço verificado nestes dois lugares, havendo já robusto conjunto de decisões, estudos e, no caso da Espanha, alterações legislativas que corroboram e impulsionam este processo de hibridação entre os sistemas jurisdicionais difuso e concentrado.

---

[227] O fortalecimento do Supremo Tribunal Federal é uma reivindicação de expressiva camada do pensamento jurídico brasileiro que defende, inclusive, a alteração de suas competências e estrutura para que adquira as feições das Cortes Constitucionais europeias. Na ocasião em que estavam em curso debates acerca da proposta que seria convertida na Emenda Constitucional 45/2004, várias vozes se fizeram ouvir neste sentido. Veja-se, a propósito, entre outros: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Da Necessidade de Transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional.* Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br Acesso em 13 mai. 2005.

1. A prática da jurisdição constitucional: exemplos de experiências transformadoras

É quase um lugar comum nos textos que retratam os sistemas de controle de constitucionalidade informar a existência de dois modelos dominantes, denominando-os de europeu e norte-americano, em razão da presença, ou não, de um órgão dotado de competência exclusiva para análise da legitimidade constitucional das leis. O primeiro se caracteriza pela presença de uma Corte Constitucional com atribuições específicas e atuação concentrada; o segundo, pela competência exercida difusamente por todos os juízes para realização do controle de constitucionalidade diante de casos concretos.

Uma análise mais cuidadosa da realidade vivenciada hoje no continente europeu demonstra que esta divisão cartesiana não é muito precisa. Em verdade, são vários os elementos presentes na regulamentação e nas práticas da jurisdição constitucional que indicam não ser o sistema europeu tão fechado e distante de seu par norte-americano.

Giancarlo Rolla destaca a tendência convergente presente entre ambos os modelos, que os têm permeado de forma recíproca com elementos anteriormente entendidos como típicos de cada um, promovendo uma mescla de experiências:

> Por un lado, los sistemas 'centralizados' parecieran abrirse a formas de convivencia con la *judicial review*, como lo evidencia la realidad del reciente constitucionalismo ibero-americano, que algunos autores han definido 'difuso-concentrada', por el otro lado, los sistemas 'difusos' registran una tendencia de las Cortes Supremas a monopolizar el ejercicio de la jurisdicción constitucional, acentuando los elementos de centralización sustancial.[228]

Analisando o modelo europeu, o autor identifica algumas características que evidenciariam este hibridismo. De forma ilustrativa, discorre sobre os mecanismos

[228] ROLLA, Giancarlo. Juicio de Legitimidad Constitucional en Vía Incidental y Tutela de los Derechos Fundamentales. *Revista Estudios Constitucionales.* Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. n. 1, ano 2, 2004. Santiago: CECOCH. p. 306.

que permitem a provocação das Cortes Constitucionais de forma incidental (presentes em Espanha, Itália, Alemanha e França, por exemplo), entendendo-os como uma incorporação de elementos do sistema difuso. Isto porque, embora o órgão competente para decidir seja único, todos os juízes podem provocar sua atuação e o fazem após terem analisado a validade do ato normativo que fundamenta o caso concreto sob sua apreciação.

Embora não tenham um poder de decisão final, declarando a eventual inconstitucionalidade da norma sob análise, é fato que os juízes ordinários participam ativamente do processo decisório, pois não apenas detêm a prerrogativa de provocar a atuação da Corte especializada, mas precisam construir uma base argumentativa que sustente seu pleito por uma manifestação.

Mais ainda: o objeto do litígio é a constitucionalidade de uma lei em abstrato e a decisão final terá natureza abrangente e eficácia *erga omnes*. Porém, a origem do debate processual é um caso concreto e a manifestação da Corte Constitucional produzirá resultados efetivos para as partes envolvidas no processo originário. Exatamente como acontece no controle difuso de constitucionalidade.[229]

Esta aproximação entre os sistemas reflete um processo de atualização da jurisdição constitucional, no que acompanha as mudanças experimentadas pelo constitucionalismo nas últimas décadas.

O forte movimento pela positivação de direitos fundamentais vivido no período pós 1945 refletiu uma preocupação em preservar os interesses humanos mais sensíveis. Como consequência deste processo, nestes direitos passaram a ser reconhecidos parâmetros para organização da vida estatal e social, orientando toda conduta humana no interior da comunidade jurídica.[230] Isto posto, a pauta de direitos fundamentais assume, no constitucionalismo do pós Segunda Guerra, "(...) un valor

---

[229] ROLLA. p. 309-310.
[230] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. *in Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Baben-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 107.

normativo y vinculante directo que (...) afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos (...)”[231]

Desde o instante em que semelhante conteúdo foi agregado ao texto constitucional, estavam lançadas as bases para que as Constituições deixassem de ser vislumbradas tão somente como um ato instituidor do poder estatal, passando a ostentar o status de *norma geral reguladora das relações sociais*. Sua penetração na esfera das relações privadas deu-se, então, como uma consequência natural desta realidade, permitindo-se admitir que, na contemporaneidade, as Constituições recebam, ao lado de suas tarefas clássicas de limitar o poder político e garantir as liberdades individuais, o dever de moldar as relações sociais, fornecendo as condições de possibilidade para que sejam implementados direitos e atendidas reivindicações dos mais variados grupos humanos.[232]

De fato, as Constituições, com sua crescente abertura aos direitos fundamentais, cada vez mais têm feito parte do dia-a-dia das sociedades. Assim também em seus litígios, cuja solução demanda uma constante aplicação de normas constitucionais, seja diretamente, seja como referencial interpretativo. Vive-se um estado de completa submissão aos preceitos constitucionais, cuja observância e aplicação incumbem a todos: particulares, poderes políticos, juízes e Tribunais. E cumpre destacar que a maioria dos litígios que demandam a aplicação direta ou a realização de um exercício interpretativo pautado em dispositivos constitucionais tramita perante os juízes ordinários.

Como explica Luis Prieto Sanchís, a normativa constitucional deixa de se encontrar enclausurada dentro dos confins que mantêm os órgãos estatais apartados da sociedade, deixa de ser um problema a interessar tão somente legisladores e Tribunais Constitucionais “(...) para asumir la función de normas

---

[231] ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional.* 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006, p. 67.
[232] GUASTINI, Riccardo. La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *Estudios de Teoría Constitucional.* Trad. José Maria Lujambio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 160.

ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones."[233]

Maria Luisa Balaguer Callejón sustenta que o cenário contemporâneo proporciona uma efetiva ressignificação da justiça constitucional, que deixa de funcionar apenas como um espaço para afirmação da constitucionalidade/inconstitucionalidade das leis, para assumir um papel de agente ativo no processo de aplicação constitucional às questões do dia-a-dia. Em consequência, entende que talvez já se tenha chegado a um estágio no qual se mostre "(…) *un tanto inútil la diferenciación entre Juez constitucional y Juez ordinario en el sentido de que todos los Jueces son constitucionales*."[234] (grifou-se)

De fato, em algumas nações europeias o movimento que defende a extensão da jurisdição constitucional para além das Cortes especializadas ganhou corpo nas três últimas décadas. Na Alemanha, onde a provocação do Tribunal Constitucional pode ser feita por qualquer juiz diante da necessidade de, em um caso concreto, decidir sobre a constitucionalidade das normas, estes são obrigados pela Corte a, antes de optar pelo envio da matéria à sua apreciação, esgotar todas as possibilidades interpretativas que permitam compatibilizar a norma com a Constituição. Na Itália e na Espanha situação semelhante acontece, sustentando seus Tribunais Constitucionais ser um dever dos juízes ordinários procederem a semelhante operação hermenêutica.[235]

Há, portanto, um claro movimento pela ampliação do conceito de jurisdição constitucional, cada vez menos adstrito à simples noção de controle de constitucionalidade (numa lógica de tudo ou nada, constitucionalidade/inconstitucionalidade), abrindo-se a um universo interpretativo que precisa ser vivenciado não apenas pelas Cortes Constitucionais, mas também, e sobretudo, pelos juízes ordinários.

---

[233] SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.* Madrid: Trotta, 2003. p. 115.
[234] CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria.* Madrid: Civitas, 1990. p. 149.
[235] MORAIS. *Justiça Constitucional. Op. cit.,* p. 975.

É interessante trazer exemplos vivenciados em países europeus que, mesmo não reconhecendo expressamente um sistema difuso de jurisdição constitucional, têm colocado em prática mecanismos capazes de viabilizar o acontecer de um modelo no qual o papel dos juízes ordinários é ressignificado, alterando-se a relação entre estes e as Cortes Constitucionais. São experiências que aproximam os sistemas difuso e concentrado, rompendo as barreiras conceituais e práticas que os afastam, algo bastante próximo ao modelo misto presente em Brasil ou Portugal.

Permitindo-se imiscuir em temas que, pela tradição europeia, deveriam ficar restritos às Cortes Constitucionais, os sistemas jurisdicionais espanhol e italiano são exemplos vivos de intensos debates que têm estimulado repensar as funções da jurisdição e das Cortes Constitucionais, numa clara revisão dos dogmas legados por Hans Kelsen ao Século XX. E não se pode deixar de destacar que os avanços notados nestes dois países não discrepam do que se passa em várias nações vizinhas.

2. Espanha

O pensamento jurídico espanhol contemporâneo se direciona de modo bastante firme no sentido de reconhecer um papel diferenciado para a jurisdição ordinária, permitindo-lhe assumir crescentes responsabilidades em matéria de interpretação e aplicação constitucional. Esta realidade se encontra expressa na exposição de motivos acrescentada à Lei Orgânica do Tribunal Constitucional pela Lei n. 6/2007, que alterou aquele diploma de modo a rever vários procedimentos perante a Corte.[236]

---

[236] Vários dispositivos da Lei n. 6/2007 tiveram sua constitucionalidade questionada perante a Corte que, ao decidir o Recurso de Inconstitucionalidade manejado, o rejeitou, afirmando, por maioria de votos, a plena validade do diploma legal. A Sentença 49/2008, proferida em 09.04.2008, pode ser encontrada no endereço http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2008/STC2008-049.html

Neste texto encontra-se expressa a certeza no valor normativo da Constituição e no papel promovedor que deve ser assumido pela jurisdição constitucional. Não defende, contudo, que semelhante realidade dependa exclusivamente dos préstimos do Tribunal Constitucional para se materializar. Em verdade, a responsabilidade dos juízes ordinários na defesa e promoção de direitos fundamentais é consagrada, em um claro processo de *divisão de forças entre Corte especializada e juízos comuns* ("La protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella").

Esta estratégia, por sinal, fica clara na parte em que se justifica a reformulação do *recurso de amparo*, principal instrumento para provocação da Corte. A nova lei busca reduzir a quantidade de recursos, mas, ao mesmo tempo, fortalece os juízes ordinários a fim de que tenham maior liberdade para lidar com violações a direitos fundamentais, resolvendo, interpretativamente, as incompatibilidades entre lei e Constituição ("...la ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales..."). Daí destacar que: "Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria."[237]

---

[237] Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Texto consolidado e integrado con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999 y 1/2000 y con expresión particularizada de las reformas conforme a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Disponível em http://www.tribunalconstitucional.es/tribunal/leyesacuerdos/Texto%20consolidado%20nueva%20LOTC.pdf Acesso em 07 jul. 2010. É importante destacar que, tal qual assinala Maria Luisa Balaguer Callejon, o *recurso de amparo* (instrumento que pode ser manejado por qualquer pessoa, perante o Tribunal Constitucional, com o intuito de ver tutelado um direito fundamental de base constitucional) tem servido, na prática espanhola, como importante instrumento para canalizar diferentes compreensões possíveis, permitindo ao Tribunal Constitucional construir uma decisão que se mostre como o resultado de um debate neste espaço institucional. CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución… Op. cit.,* p. 65. Acrescente-se que em 2009, pela sentença 155/2009 (de 25 de junho), o Tribunal Constitucional Espanhol cuidou de firmar um rol de hipóteses diante das quais entende possível a análise do Recurso de Amparo, caracterizando-se a especial transcendência constitucional

Estas passagens refletem a consolidação de um debate desenvolvido especialmente nos anos que medeiam as décadas de 1980 e 90, momento em que se mostrou mais viva no pensamento jurídico e na prática jurisprudencial da Corte a preocupação em firmar a jurisdição constitucional em um novo patamar. Em 1985, Pablo Pérez Tremps (membro da Corte espanhola entre 2004 e 2013) sustentava ser um dever de todos os órgãos jurisdicionais garantir a Constituição, assegurando sua primazia sobre a ordem jurídica. Dada a sua posição central, figurando como fundamento material para as normas, toda atividade de aplicação do Direito tenderia a ser, igualmente, um momento de aplicação da normativa constitucional. Daí que: "(...) toda actividad jurisdiccional (...) supone potencialmente un contenido constitucional, tanto la del tribunal constitucional como la de los órganos del Poder Judicial."[238]

Esta ideia houvera sido delineada no ano anterior pelo Tribunal Constitucional, em sua sentença n. 50/1984, na qual sustentou que, figurando a Constituição como elemento central a conferir legitimidade, a partir de sua ordem de valores, ao sistema jurídico, não se poderia conceber a sobrevivência de planos jurisdicionais distintos. Nesta medida, imperativo admitir aos juízes ordinários aplicar diretamente comandos constitucionais a problemas concretos, valendo-se destas normas como parâmetros interpretativos para quaisquer situações que se lhes apresentassem.[239]

Em verdade, mais que uma liberdade, tem se entendido que é um *dever* dos juízes ordinários espanhóis interpretar as leis em conformidade com a Constituição, buscando sempre adequar aquelas aos limites desta, acomodando seu conteúdo aos princípios e preceitos constitucionais,[240] tarefa que, destaque-se, já há mais de

---

da matéria discutida. Foi mais uma oportunidade que o Tribunal aproveitou para reafirmar e fortalecer o papel desempenhado pelos juízes ordinários na apreciação de matérias constitucionais. ESPARZA, Julio Muerza. *La Especial Transcendencia Constitucional.* Disponível em http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/786/tribunal/la-especial-transcendencia-constitucional Acesso em 20 nov. 2012.

[238] TREMPS, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial.* Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1985. p. 121.

[239] TREMPS. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial. Op. cit.,* p. 121-122.

[240] ENTERRÍA. *La Constitución como Norma… Op. cit.,* p. 312-313. CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución… Op. cit.,* p. 50.

duas décadas foi determinada na Lei Orgânica do Poder Judiciário (Lei 6/1985).[241] Esta mesma lei estabelece que, diante da necessidade de verificar a compatibilidade de uma lei com a Constituição[242], antes o juiz *esgote as possibilidades hermenêuticas que permitam acomodar a norma infraconstitucional*.[243]

E mais longe já foi a Corte Constitucional espanhola. Interpretando dispositivo da parte transitória da Constituição de 1978, concernente à recepção de normas pré-constitucionais, o Tribunal determinou que os juízes ordinários teriam autoridade para declarar a invalidade de leis por entendê-las não compatíveis com a nova ordem constitucional. A manifestação do Tribunal especializado somente se faria necessária com o fim de conferir efeitos *erga omnes* à derrogação (firmando, assim, uma posição intermediária entre a jurisprudência do Tribunal alemão - que diz ser tarefa exclusiva dos juízes ordinários tal análise - e do Tribunal italiano - que reservou para si esta competência).[244]

Explicando o poder conferido a todo sistema jurisdicional espanhol, García de Enterría afirma que o modelo erigido com a Constituição de 1978, embora tenha consagrado um Tribunal especializado nos moldes da teoria kelseniana, não seguiu as demais orientações do autor austríaco. Em verdade, foi o paradigma norte-americano de supremacia constitucional o elemento decisivo que conduziu o processo formador da jurisdição constitucional espanhola contemporânea. Neste sentido, o "(...) monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional es sólo de

---

[241] Artículo 5.
1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.
Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley 6/1985 de 01 de julio. Disponible en http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpj/cgpj/principal.htm Acesso em 07 jul. 2010.

[242] O que, no sistema espanhol, resolve-se com a provocação incidental, por meio do *recurso de amparo*, do Tribunal Constitucional para que resolva a questão, permitindo, após sua decisão, que o juiz dê seguimento à análise do processo em curso.

[243] Artículo 5.
3. Procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional.

[244] ENTERRÍA. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Op. cit.,* p. 312. CALLEJON. *La Interpretación de la Constitución… Op. cit.,* p. 49.

rechazo o de expulsión de las leyes que contradigan la Constitución, pero no de cualquier aplicación de ésta."[245]

3. Itália

O quadro delineado na Itália não alcançou tamanho grau de sofisticação quanto seu correspondente espanhol, especialmente quando se tem em mira seu sistema legislativo. Mesmo assim, também neste país a Constituição tem feito parte do dia-a-dia do Judiciário, ultrapassando os muros da Corte especializada para ingressar na realidade dos juízes ordinários.

A discussão sobre a força normativa da Constituição italiana de 1948 entrou em cena bastante cedo, ainda nos anos 1950, e foi objeto das primeiras manifestações da Corte. Opondo-se aos resquícios de uma teoria constitucional que houvera florescido no período fascista e mantida viva pelo Judiciário italiano nos primeiros anos de existência de sua atual Constituição,[246] a Corte precisou, num primeiro momento, afirmar seu próprio poder, afastando quaisquer dúvidas acerca de seu papel e da amplitude de sua atuação.[247] Assim procedendo, contribuiu para que a Constituição não fosse eclipsada pelo regramento infraconstitucional originário

---

[245] ENTERRÍA. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Op. cit.,* p. 309.

[246] É curioso notar que o tênue consenso alcançado para elaborar e promulgar a Constituição do pós-Guerra não perdurou. Por força de (tradicionais) divergências políticas que inviabilizavam a aprovação, pelo Parlamento, dos nomes indicados para compô-la, a Corte italiana somente começou a funcionar *oito anos* após sua instituição. Apenas em 1956, especificamente no dia 23 de abril, a Corte realizou sua primeira seção. Durante o lapso temporal assinalado, a defesa jurisdicional da Constituição ficou a cargo dos juízos ordinários, que exerciam controle pela via difusa, com amparo na Disposição Constitucional Transitória n.º VII. Neste período, o controle de constitucionalidade foi raramente exercido, desenvolvendo-se, especialmente junto à Corte de Cassação, doutrina extremamente reducionista, que acabava por limitar sobremaneira a normatividade constitucional. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais.* Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004. p 78. GUASTINI. La 'constitucionalización'… *Op. cit.,* p. 166.

[247] Informa Guastini que, na decisão 1/1956, a Corte afirmou: "En primer lugar, que la distinción entre normas preceptivas y normas programáticas y/o de principio carecía de cualquier relevancia práctica en las controversias de legitimidad constitucional de las leyes: una ley es inconstitucional no solo cuando contradice directamente una norma preceptiva, sino también cuando entra en conflicto con un principio o con una norma programática. En segundo lugar, que la Corte Constitucional es competente para decidir sobre la legitimidad constitucional de cualquier ley, poco importa se es anterior o sucesiva a la Constitución." GUASTINI. La 'constitucionalización'... *Op. cit.,* p. 167.

no regime fascista, cuja autoridade muitas e poderosas vozes defendiam, restringindo a força normativa da Lei Maior.

Semelhantes questões ocuparam a Corte italiana em suas primeiras décadas de funcionamento, de sorte que somente anos mais tarde seus olhos se voltaram para o tema das possibilidades criadoras da jurisdição constitucional e da atuação dos juízes ordinários. Daí em diante, um conjunto de medidas foi sendo colocado em prática, somando-se aos poucos até que se pudesse identificar uma clara opção por fortalecer a atuação jurisdicional pela via difusa, numa repartição de tarefas entre Corte Constitucional e juízos ordinários.

Preocupada em garantir que a Constituição adentrasse definitivamente na ordem jurídica, influenciando com seus valores a interpretação das normas legais, a Corte começou a levar a extremos as possibilidades hermenêuticas, sempre com o propósito de melhor acomodar a normativa legal ao plano constitucional. Assim é que, já há alguns anos, variados julgados expressam a premissa de que "(...) le leggi non si dichiarano incostituzionali se esiste la possibilità di dare loro un significato che le renda compatibili con i precetti costituzionali."[248]

Em um primeiro momento, esta convicção foi conjugada à necessidade de ampliar a força vinculante de suas decisões, ainda na esteira do processo de afirmação dos poderes da Corte. Este movimento deu vida à prática das *sentenças interpretativas*, expressão que denomina um conjunto de técnicas de decisão que se presta a alargar as possibilidades hermenêuticas de análise dos textos legais e constitucional, além de incrementar a força vinculante de suas sentenças.

A manifestação acerca da constitucionalidade de uma lei submetida à Corte Constitucional italiana somente possui eficácia *erga omnes* quando reconhecida sua invalidade, deixando o ato normativo de ser aplicável a partir do dia seguinte à publicação da sentença.[249] Por outro lado, quando rejeita a provocação acerca da

---

[248] Máxima sustentada, por exemplo, na *Sentenza* 85/2007. Disponível em http://www.cortecostituzionale.it Acesso em 20 mai. 2008. Sobre o tema trata LUCIANI, Massimo. Le funzioni sistemiche dalla Corte Costituzionale, oggi, e l'interpretazione 'conforme a'. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitário e comparato.* n. 4, 2007. Disponível em http://www.federalismi.it Acesso em 08 ago. 2012.

[249] Assim dispõe a Constituição Italiana:

inconstitucionalidade, entendendo ausentes quaisquer elementos que permitam identificar a nulidade da norma, sua decisão não se reveste de eficácia geral, de modo que novos *giudizii di legittimità* podem ser propostos.[250] Como pondera Laura Sturlese, “Esta alternativa rígida ha creado numerosas dificultades al Tribunal cuando los casos concretos que le fueran sometidos eran particularmente complejos, por razones institucionales y a veces ‘políticas’”.[251]

Assim, com o propósito de suplantar isto que a Corte entende como uma limitação ao seu atuar, passou a desenvolver um conjunto variado de técnicas de julgamento com a finalidade de ampliar a autoridade e a vinculação a suas decisões.[252] São pronunciamentos que, ultrapassando de longe a ideia de um *legislador negativo*, procuram construir um novo perfil para o controle de constitucionalidade. Aí entram as sentenças *aditivas*, onde, por meio de *interpretação conforme a constituição*, *inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade*, *modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade* e outros métodos decisórios, os juízes constitucionais constroem o direito e dão forma à Constituição por meio de uma atividade eminentemente interpretativa.

Um exemplo desta prática são as *sentenças interpretativas de admissão*, por meio das quais uma interpretação específica, que poderia ser atribuída à norma sob análise, é reputada inconstitucional e, portanto, nula, restringindo-se a amplitude dos significados que podem ser extraídos do texto legal. Semelhante decisão, por

---

Art. 136.
Quando la Corte dichiara l’illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione.
Interessante notar que se admite, por intermédio de revisão constitucional (na forma prevista no artigo 138 da Constituição Italiana), afastar da ordem normativa maior a incompatibilidade, permitindo à lei já reputada inconstitucional readquirir validade. Assim se lê em explicações disponibilizadas pela própria Corte acerca de seu funcionamento. *Cos’è la Corte Costituzionale Italiana*. Disponível em http://www.cortecostituzionale.it Acesso em 13 out. 2005.

[250] STURLESE, Laura. Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano. *Justicia Constitucional Comparada.* Organização do Instituto de Investigaciones Jurídicas del Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993. p. 174.

[251] STURLESE. Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano. *Op. cit.,* p. 174.

[252] Como explica Guastini, as sentenças interpretativas referem-se: “(...) a toda decisión de la Corte que no versa directamente sobre una disposición legislativa, es decir, sobre el texto de la ley en cuanto tal, sino, en lugar de ello, sobre una - una sola - de las normas expresadas por el texto y, por lo tanto, sobre una de sus posibles interpretaciones (...)” GUASTINI. La ‘constitucionalización’... *Op. cit.,* p. 170-171.

afirmar, em certa medida, uma inconstitucionalidade, reveste-se de eficácia geral e vinculante.[253]

No correr dos anos 1980, a Corte começou a estimular um diálogo mais estreito com os juízes ordinários, passando a aceitar que estes também participassem do processo interpretativo constitucional, no que se convencionou denominar a *dottrina del diritto vivente*. Novas formas de sentenças interpretativas entraram em cena, agora não apenas com o propósito de aumentar a força vinculante de suas decisões, mas, principalmente, de conceder espaços para a manifestação dos demais órgãos julgadores. Vários de seus pronunciamentos passam, então, a ter por finalidade consolidar entendimentos construídos nos tribunais, mediante *decisões corretivas*, com as quais busca identificar, dentre as variadas interpretações forjadas em outras instâncias jurisdicionais, a que lhe pareça mais adequada.[254] Por estas manifestações evidencia-se o relacionamento da Corte com os juízes ordinários, já que algumas formas de decisão podem conferir maior ou menor liberdade a esses últimos, na medida em que os vinculam a um posicionamento ou lhes garante liberdade para decidir.

Outra medida relevante adotada pela Corte italiana no final da década de 1980, em grande parte motivada pela premência em abreviar o tempo de tramitação dos processos, foi a fixação de critérios mais rígidos para admissão do *giudizio di legittimità in via incidentale*[255], com o que se buscou, obviamente, restringir a quantidade de questões que lhe chegam por este caminho. Além de contribuir para agilizar os trabalhos da Corte, as medidas adotadas tiveram a consequência positiva de instigar os juízes a explorar, em máxima medida, as possibilidades interpretativas, buscando adequar as normas legais aos parâmetros constitucionais,

---

[253] FAVOREU. *As Cortes Constitucionais. Op. cit.,* p. 86.
[254] FLICK, Giovani Maria. I sessant'anni della Costituzione Italiana. Una riflessione sul passato, un progetto per il futuro. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitário e comparato.* n. 11, 2008. Disponível em http://www.federalismi.it Acesso em 08 mai. 2012. p. 9-11.
[255] Instrumento utilizado pelo juiz ordinário quando entende necessária a análise de uma questão constitucional pela Corte especializada como requisito para resolução de uma causa equivalente ao recurso de amparo espanhol.

em uma postura assemelhada àquela adotada na mesma época por seus pares espanhóis.[256]

Mas a experiência por certo mais marcante dentre as várias medidas incorporadas à jurisdição constitucional italiana é a outorga expressa de poderes aos juízes ordinários para analisar a constitucionalidade de normas oriundas do Direito Europeu.

Em pronunciamento realizado em 1975, a Corte assentou que existem diferentes esferas de competência a serem preenchidas pelas leis nacionais e comunitárias, de sorte que eventuais conflitos entre estas podem acontecer.[257] Nestas hipóteses, a incompatibilidade entre os diferentes planos normativos representaria violação à regra do artigo 11,[258] da Constituição Italiana, visto que desta se extrai norma de repartição de competências, abrangendo a relação entre os ordenamentos interno e comunitário.

Anos depois, já assentada aquela premissa, ao proferir a *Sentenza* n.º 170, de junho de 1984, a Corte deu importante passo em direção a uma verdadeira reestruturação da jurisdição constitucional italiana. Nesta oportunidade, os juízes constitucionais reconheceram que a tarefa de verificar a compatibilidade entre normas de direito comunitário e de direito interno caberia aos julgadores ordinários, confiando-lhes a prerrogativa de negar aplicabilidade à norma nacional sempre que conflitante com norma europeia, independentemente de provocação da Corte.[259] Logo no ano seguinte, esta teve a oportunidade de reiterar seu ponto de vista, afirmando, na *Sentenza* n.º 113, de 1985, a imediata aplicabilidade das regras comunitárias e a competência dos juízes ordinários para aferir sua compatibilidade

---

[256] Este dado foi destacado, no ano de 2005, por Valério Onida, então presidente da Corte italiana, por ocasião do comunicado anual que este órgão faz à imprensa. ONIDA, Valerio. *La Giustizia Costituzionale nel 2004.* Introduzione del presidente Valerio Onida. Disponível em http://www.cortecostituzionale.it Acesso em 16 set. 2005. p. 9.

[257] *Sentenza* n.º 232, de 22 de outubro de 1975. Disponível em http://www.cortecostituzionale.it Acesso em 20 set. 2005.

[258] Art. 11.
L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; *consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo. (grifou-se)

[259] *Sentenza* n.º 170, de 05 de junho de 1984. Disponível em http://www.cortecostituzionale.it Acesso em 20 set. 2012.

com a ordem jurídica interna, a justificar a rejeição do *giudizio di legittimità costituzionale* manejado com esteio na violação da regra do artigo 11, da Constituição Italiana.[260]

Ao adotar semelhante procedimento, a Corte foi gradualmente conferindo aos juízes ordinários a prerrogativa de realizar, com quase exclusividade, o controle da compatibilidade entre os planos normativos, em uma atuação grandemente identificada com um *controle de constitucionalidade em via difusa*, nos moldes norte-americanos. Nas palavras de Guastini, "(...) selon la Cour constitutionnelle, les lois incompatibles avec les règlements communautaires (...) ne sont ni abrogées ni invalides, mais sont, au contraire, inapplicables par les juges nationaux (...)". Desta sorte, "(...) les juges ordinaires se voient confier une sorte de contrôle diffus de la conformité du droit interne au droit communautaire."[261]

Luisa Azzena informa que esta postura coaduna-se com o entendimento defendido pela Corte Europeia de Justiça, a qual se mostra pouco favorável à exclusividade do controle concentrado como caminho para dirimir, no plano interno, os conflitos entre ordens jurídicas nacional e comunitária. Tendo por premissa, sobretudo, a dificuldade de acesso aos Tribunais Constitucionais (especialmente face à pequena quantidade de legitimados) e a demora na solução das questões que lhe são propostas, a Corte Europeia advoga uma ampliação dos poderes dos juízes nacionais para dirimir os conflitos, conferindo plena e imediata aplicabilidade ao direito europeu.[262]

Semelhantes exemplos evidenciam a tese da aproximação entre modelos historicamente dissociados de jurisdição constitucional, erigindo-se na Europa, já há

---

[260] *Sentenza* n.º 113, de 19 de abril de 1985. Disponível em http://www.cortecostituzionale.it Acesso em 20 set. 2012. Lê-se na *Sentenza* n.º 168, de 18 de abril de 1991: "L'effetto di tale diretta aplicazione (...) non è quindi la caducazione della norma interna incompatibile, bensì la mancata applicazione di quest'ultima da parte dei giudice nazionale al caso di specie, oggetto della sua cognizione, che pertanto sotto tale aspetto è attratto nel plesso normativo comunitario." Disponível em http://www.cortecostituzionale.it Acesso em 20 set. 2012.

[261] GUASTINI, Riccardo. La Primauté du Droit Communautaire. Une révision tacite de la Constitution italienne. *Cahiers du Conseil Constitutionnel.* n. 9, mars/septembre 2000. Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc9/guastini.htm Acesso em 23 nov. 2012.

[262] AZZENA, Luisa. Prospettive Evolutive in Tema di Applicazione del Diritto Europeo e Ruolo dei Giudici Nazionali. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitário e comparato.* Disponível em http://www.federalismi.it Acesso em 02 jun. 2012. p. 4-6.

cerca de três décadas, um sistema que claramente conjuga elementos das tradições norte-americana e europeia. Diante de uma compreensão diferenciada acerca do papel das Constituições, os órgãos de atuação jurisdicional têm assumido novas funções, em um claro reconhecimento de que a jurisdição constitucional não se presta apenas para o controle da validade das leis. Dar vida a direitos fundamentais, funcionar como instância de diálogo social, aproximando a Constituição da vida cotidiana, são tarefas que se somam ao rol de responsabilidades dos seus guardiões. E estes, por seu turno, não se têm furtado de se aproximar mais e mais da sociedade, abrindo-se ao diálogo por intermédio de uma instância que as teorias democráticas vislumbram e a teoria do neoconstitucionalismo destaca: o processo judicial desenvolvido nas vias difusas para exercício da jurisdição constitucional.

Não se entenda, com a defesa aqui feita do sistema difuso, que o concentrado deva ser repudiado a qualquer custo. Em verdade, a coexistência dos modelos tem se mostrado possível, como o evidenciam as experiências brevemente descritas de dois países que sequer preveem em suas ordens jurídicas positivas o exercício da jurisdição constitucional pela via difusa.

Conclusão

Os sistemas de jurisdição constitucional pela via difusa funcionam como um excelente espaço para se instaurar uma relação comunicativa entre juízes ordinários e Cortes Constitucionais, numa dimensão colaborativa. E o processo em curso de aproximação entre os sistemas europeu e norte-americano tende a permitir o aproveitamento dos melhores elementos de cada um.

Como destacado anteriormente, no Brasil está em curso uma marcha firme no sentido de sufocar a jurisdição constitucional pela via difusa, exaltando um pretenso modelo europeu de controle concentrado que, como visto, há muito renunciou à sua ‘pureza’.

Em verdade, no cenário do atual constitucionalismo, diante da crescente imbricação entre o horizonte constitucional e a vida social, a demandar uma

constante preocupação em conferir efetividade aos direitos fundamentais constitucionais, instâncias procedimentais como aquelas encontradas no Poder Judiciário não podem ser restritas. E, como lembra Paulo Bonavides, o sistema de controle difuso de constitucionalidade é, por natureza, "(...) mais largo, mais aberto, mais chegado à concretização de uma 'democracia jurídica'".[263]

O que se passa na Europa de hoje deve servir de exemplo para o Brasil e sua Corte Suprema que, embora sempre busque se abeberar das experiências forjadas no Velho Continente, não tem dado muita atenção a esta valorização do controle difuso de constitucionalidade. Tema que, como visto, não é propriamente novo, mas fruto de um processo que se desenvolve desde os anos 1980 e que, curiosamente, não mereceu atenção por parte da teoria e da prática constitucional brasileira.

Num momento em que o sistema difuso de jurisdição constitucional encontra-se sob tão cerrado ataque, seria extremamente relevante se as lições construídas em outros países fossem consideradas e debatidas, de preferência antes deste modelo ser definitivamente abandonado em favor do controle exclusivamente concentrado, que a experiência europeia mostrou ser insuficiente ao atendimento das necessidades criadas por Constituições como a que o Brasil promulgou em 1988.

Não se pretende fechar os olhos para os problemas que este sistema apresenta. Uma Suprema Corte que, em período recente no Brasil, chegou a julgar cerca de 100.000 processos por ano não pode funcionar bem e, certamente, precisa contar com mecanismos que filtrem a chegada de tantos casos. Isto, contudo, deve ser feito sem levar à aniquilação do controle difuso, sem tolher a liberdade interpretativa dos juízes ordinários, sem concentrar nos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal a tarefa de, sozinhos, fixarem os conteúdos normativos da Constituição.

---

[263] BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 308.

Neste turno, cumpre lembrar o alerta de Paulo Bonavides, reflexo de sua preocupação com a busca por legitimidade para o agir judiciário:

> Efetivamente, esvaziar também e desfazer no país a instância inferior de controle difuso de constitucionalidade em proveito da instância superior de controle concentrado, é, agora, outra forma lesiva e subreptícia de convelir o teor democrático que possam ter as estruturas internas do Poder Judiciário. E, do mesmo modo, diminuir e apoucar seu pluralismo, sua diversificação, seus distintos graus decisórios, seus patamares hierárquicos de legitimação; enfim, é concentrar nas esferas centrais do Judiciário capacidade resolutiva dos conflitos constitucionais, com abalo à segurança, às expectativas e à confiança dos jurisdicionados (...)[264]

A necessidade de oferecer à sociedade mais e melhores mecanismos por meio dos quais possa formular suas manifestações, debatendo publicamente suas carências quanto à tutela de direitos fundamentais, indica que instâncias mediadoras como a que se identifica no processo judicial precisam ser valorizadas. A realidade do constitucionalismo nos dias presentes demanda a ampliação do acesso à jurisdição constitucional, de modo a aproximá-la da sociedade.

Fechar esta importante via comunicativa, por cujo intermédio é possível levar aos espaços públicos de debate tantos problemas que cotidianamente se acumulam, não é uma solução que se coadune com o ideal democrático que norteia a nação. Uma democracia participativa, que valoriza o debate social e a formação de consensos que respeitem as diferenças, permitindo a convivência na diversidade, precisa contar com canais institucionais como o encontrado no sistema difuso de jurisdição constitucional. O Brasil já conta com este instrumento, inscrito na tradição constitucional do país há mais de um século. Resta conservá-lo e valorizá-lo, reconhecendo-lhe as potencialidades transformadoras que o cenário do constitucionalismo democrático atual lhe confere.

Bibliografia

[264] BONAVIDES. *Teoria Constitucional... Op. cit.,* p. 308.

AZZENA, Luisa. Prospettive Evolutive in Tema di Applicazione del Diritto Europeo e Ruolo dei Giudici Nazionali. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitário e comparato.* n. 11, 2005. Disponível em http://www.federalismi.it Acesso em 02 jun. 2012.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental. *in Escritos sobre Derechos Fundamentales.* Baben-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CALLEJON, Maria Luisa Balaguer. *La Interpretación de la Constitución por la Jurisdicción Ordinaria.* Madrid: Civitas, 1990.

ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional.* 4. ed. Navarra: Thomson Civitas, 2006.

ESPARZA, Julio Muerza. *La Especial Transcendencia Constitucional.* Disponível em http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/actualidad-juridica-aranzadi/786/tribunal/la-especial-transcendencia-constitucional Acesso em 20 nov. 2012.

FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais.* Trad. Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

FLICK, Giovani Maria. I sessant'anni della Costituzione Italiana. Una riflessione sul passato, un progetto per il futuro. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano,*

comunitário e comparato. n. 11, 2008. Disponível em http://www.federalismi.it Acesso em 08 mai. 2012.

GUASTINI, Riccardo. La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. *Estudios de Teoría Constitucional.* Trad. José Maria Lujambio. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

GUASTINI, Riccardo. La Primauté du Droit Communautaire. Une révision tacite de la Constitution italienne. *Cahiers du Conseil Constitutionnel.* n. 9, mars/septembre 2000. Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/ccc9/guastini.htm Acesso em 23 nov. 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Da Necessidade de Transformação do Supremo Tribunal Federal em Corte Constitucional.* Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br Acesso em 13 mai. 2005.

LUCIANI, Massimo. Le funzioni sistemiche dalla Corte Costituzionale, oggi, e l'interpretazione 'conforme a'. *Federalismi. Rivista di diritto pubblico italiano, comunitário e comparato.* n. 4, 2007. Disponível em http://www.federalismi.it Acesso em 08 ago. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional.* O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

ONIDA, Valerio. *La Giustizia Costituzionale nel 2004.* Introduzione del presidente Valerio Onida. Disponível em http://www.cortecostituzionale.it Acesso em 16 set. 2005.

ROLLA, Giancarlo. Juicio de Legitimidad Constitucional en Vía Incidental y Tutela de los Derechos Fundamentales. *Revista Estudios Constitucionales.* Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. n. 1, ano 2, 2004. Santiago: CECOCH.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.* Madrid: Trotta, 2003.

STURLESE, Laura. Tribunal Constitucional y Sistema Institucional Italiano. *Justicia Constitucional Comparada.* Organização do Instituto de Investigaciones Jurídicas del Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1993.

TREMPS, Pablo Pérez. *Tribunal Constitucional y Poder Judicial.* Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1985.

O PARADOXO ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO E A INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRIMINOLÓGICA

THE PARADOX BETWEEN NEOCONSTITUCIONALISM AND INEFFECTIVENESS SOCIAL RIGHTS: A CRIMINOLOGICAL ANALYSIS

Roberto Arroio Farinazzo Junior[265]

RESUMO: o presente feito tem por finalidade primordial refletir sobre o aumento da criminalidade em decorrência da não concretização dos direitos sociais previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que se encontra em total contradição com os postulados do neoconstitucionalismo. Para tanto, preliminarmente, o estudo traz considerações sobre o constitucionalismo (clássico e moderno), a fim de ressaltar a importância dos direitos fundamentais sociais, sobretudo se bem concretizados por políticas públicas eficazes. Posteriormente, por meio de recursos oriundos da criminologia, chega-se à análise das formas de prevenção delitiva, mormente em seus aspectos exógenos. Por fim, tratando sobre as escolas sociológicas explicativas do crime e depois sobre a questão de socializar ou ressocializar, buscou-se coerência lógica entre a urgência da efetivação dos direitos sociais como forma de aumentar a igualdade social e minimizar a necessidade de intervenção penal.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalidade. Neoconstitucionalismo. Escolas Sociológicas. Direitos Sociais.

ABSTRACT: This is done by overriding purpose reflecting on the increase in crime due to the non-realization of social rights under the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, which is in total contradiction with the postulates of neoconstitutionalism. For that, preliminarily, the study provides considerations of constitutionalism (classic and modern), in order to emphasize the importance of

[265] Especialista em Direito Penal, Processual Penal e Constitucional, pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga/SP – UNIFEV. Advogado.

fundamental social rights, especially if well implemented by effective public policies. Later, through proceeds of criminology, one comes to the analysis of the forms of offense prevention, especially in their exogenous aspects. Finally, on about the explanatory sociological schools of crime and then on the issue of re-socialize or socialize, we sought logical coherence between the urgency of attaining social rights as a way to increase social equality and minimize the need for criminal intervention.

KEYWORDS: Criminal. Neoconstitutionalism. Sociological schools. Social Rights.

> *Em nossa sociedade, tendemos a pensar que os delitos se resolvem quando se pega e condena o delinquente, não levando em consideração o antes dos danos cometidos e sem prestar atenção às situações em que as vítimas estão. Portanto, seria um erro identificar a reparação somente o castigo, confundir justiça com vingança, que está institucionalizada. A experiência nos diz que o aumento e o endurecimento das penas com frequência não resolvem os problemas sociais e nem consegue diminuir os índices de delinquência* (Papa Francisco, 02/06/2014).

INTRODUÇÃO

Partindo-se da premissa de que o crime – conduta transgressora de direitos individuais – é um fato natural em qualquer sociedade, é certo que ele precisa ser devidamente combatido e prevenido.

O caminho de degeneração das políticas públicas de combate ao crime no Brasil está mais do que evidente. Em curtas palavras, o Estado enxuga gelo com toalha quente em suas pretensões repetitivas (leis mais árduas, mais policiais, mais viaturas, mais presídios etc.), sempre com o intuito de combater a criminalidade.

Entretanto, a experiência mostra que a realidade criminal no país continua sempre a mesma. Aliás, ela piora gradativamente.

Nesse sentido, sustenta-se que somente uma maior igualdade social poderá mudar o panorama trágico do nosso país no campo da criminalidade. E, para se falar em igualdade social, além de mudanças socioeconômicas, exige-se políticas

públicas eficazes, com a finalidade de concretizar os direitos sociais fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Com isso, o trabalho pretenderá demonstrar que não obstante o neoconstitucionalismo seja um movimento social, político e jurídico no sentido de efetivar direitos e garantias fundamentais, atualmente o Estado brasileiro se encontra omisso em relação aos direitos sociais, dificultando a igualdade social e, consequentemente, o combate ao crime.

Por tal motivo, diante da contradição entre o neoconstitucionalismo e a inefetividade dos direitos sociais em nosso país, surge a necessidade de discutir soluções mais convenientes à prevenção delitiva sem a necessidade de intervenção penal, tendo em vista que o direito penal, por seu caráter eminentemente repressivo, não raras vezes resulta em uma política de exclusão social.

Nessa esteira, partir-se-á da ideia de que a solução da criminalidade não está em fazer do direito penal algo melhor, mas sim fazer algo melhor do que o direito penal.

1. NEOCONSTITUCIONALISMO E O PARADOXO DA INEFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Primeiramente, por um ângulo clássico, pode-se dizer que constitucionalismo é um movimento político, jurídico e social, com ideais em comum, através de uma Constituição, a qual deve prever direitos e garantias fundamentais, limitando o poder estatal.

Em análise histórica, ressalta Alexandre de Moraes:

> A origem formal do constitucionalismo está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, 1787, após a Independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa, apresentando dois traços marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais. [266]

---

[266] MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1.

Com isso, em poucas palavras, torna-se evidente que o constitucionalismo impulsiona o próprio sentido do Direito Constitucional, o qual se trata de um ramo do Direito Público, caracterizado por ser primordial à organização e funcionamento do Estado, com estabelecimento de bases da estrutura política e regras criadoras de direitos fundamentais e formas de garanti-los.

Em sucinta análise sobre o constitucionalismo, segue os dizeres de Juliano Taveira Bernardes e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira:

> Em sentido lato, o constitucionalismo surge a partir do momento em que grupos sociais, racionalmente ou não, passam a contar com mecanismos de limitação do exercício do poder político. Nessa acepção ampla, configura-se independentemente da existência de normas escritas ou de desenvolvimento teórico. [267]

Superando as considerações clássicas do constitucionalismo, far-se-á útil também esclarecer a ideia de Constituição do porvir (constitucionalismo do futuro).

Nessa seara, preceitua Pedro Lenza:

> O constitucionalismo do futuro sem dúvida terá de consolidar os chamados direitos humanos de terceira dimensão, incorporando à ideia de constitucionalismo social os valores do constitucionalismo fraternal e de solidariedade, avançando e estabelecendo um equilíbrio entre o constitucionalismo moderno e alguns excessos do contemporâneo.[268]

Além disso, vale registrar que, de acordo com parcela considerável da doutrina, o constitucionalismo do futuro traz ideias (valores) primordiais para as próximas constituições. Dentre outras, são elas: a ideia de verdade, por meio da qual a Constituição não pode mais gerar falsas expectativas; a ideia de solidariedade, como novo ângulo de igualdade e integração entre os povos; por fim, a ideia de universalização, pela qual a consagração dos direitos fundamentais terão efeitos globais, com o fim de prevalecer o princípio basilar da dignidade da pessoa humana em escala universal.

---

[267] BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 49.
[268] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.60.

Finalmente - após o período da 2ª Guerra Mundial - o constitucionalismo ganhou novo corpo, adquiriu novos sentidos e finalidades. Nasce, então, o neoconstitucionalismo.

Por tal movimento, fruto do pós-positivismo, tendo como marco teórico a força normativa da Constituição, buscou-se não apenas prever direitos e garantias fundamentais, mas sim lutar pela eficácia de tais normais constitucionais, procurando efetivá-las no plano concreto.

Nesse sentido, afirma Eduardo Ribeiro Moreira (2008, p. 35):

> Se a limitação dos poderes é pressuposto do constitucionalismo clássico, para o neoconstitucionalismo, a disposição e a defesa de um catálogo de direitos fundamentais, conduzidos por princípios, são seus pressupostos. Todo o desenvolvimento, desde então, trouxe uma importante constatação: a teoria do direito já não é mais descritiva, e sim prática, real, útil, com uma concretude preocupada com a eficácia verificável exposta pela prática, isto é, a decidibilidade constitucional, entendida como o conjunto de técnicas de decisão em matéria constitucional e que norteiam a prática forente, como as decisões do STF (*apud* ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2014, p. 28).

Além disso, Inocência Mártires Coelho, em sua didática singular, destaca importantes considerações acerca do neoconstitucionalismo. São elas:

> a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legisladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação (*apud* ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2014, p. 29).

Portanto, em síntese, as consequências trazidas pelo neoconstitucionalismo são claras. Exige-se que a Constituição ganhe mais importância, com máxima normatividade.

Com a finalidade de aparelhar ideologicamente o texto constitucional, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 3º, traçou seus objetivos primordiais, prevendo a erradicação da pobreza e da marginalização; redução das desigualdades sociais e regionais; além da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com isso, inclusive, vale registrar que a educação e a saúde deixaram de ser tratadas como programas de caráter indicativo, para integrar o rol de direitos fundamentais do cidadão.

Assim, "note-se que os Direitos Fundamentais, modernamente, já não são enfocados de modo exclusivo como espécie de direitos subjetivos, mas também com uma dimensão institucional".[269]

Com efeito, teoricamente, os direitos fundamentais reconhecidos e protegidos pelo Estado caracterizam seu próprio perfil, demonstrando suas intenções, bem como sua forma de ser e de agir.

Desse modo, vê-se que a Constituição visou resguardar vasto conjunto de direitos sociais, cujo reconhecimento e proteção concorrem para demarcar o Estado almejado pelo constituinte.

Ademais, faz-se conveniente transcrever a manifestação de Agustin Gordilho (1977, p. 74):

> A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Bem-Estar é que, enquanto naquela se trata tão somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhe agregam finalidades e tarefas às quais antes não se sentia obrigado. A identidade básica entre Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios (*apud* ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2014, p. 142).

Assim, torna-se evidente que a Constituição Federal instituiu um Estado Democrático Social de Direito, visando-se criar uma verdadeira noção de justiça social.

Insta salientar, nesse momento, que a Constituição da República Federativa do Brasil elegeu, entre os direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.

---

[269] ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: VERBATIM, 2014, p.141.

Acerca dos direitos sociais, conceitua José Afonso da Silva:

> Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.[270]

Entretanto, os direitos sociais são reconhecidos como direitos de segunda geração ou dimensão. Com efeito, terão aplicabilidade progressiva ou diferida, de modo que a efetivação desses direitos exige uma série de políticas públicas, a fim de que possam ser concretizados com maior eficácia. Em outras palavras, os direitos sociais reclamam do Estado uma exegese prestacional, visando-se mitigar as desigualdades sociais.

Nesse aspecto, lamentavelmente, o estado de pobreza e desigualdade social presente no Brasil vai de encontro aos ideais contidos na Constituição Federal.

Pode-se perceber, então, que, ao contrário do que prega a constituição do futuro – pelos valores da verdade e da solidariedade -, a atual Constituição de 1988 demonstra a inversão axiológica, na prática, referente ao proposto teoricamente. Trata-se de verdadeira hipocrisia constitucional.

Nessa esteira, Marcelo Neves entende que a Constituição de 1988 é meramente simbólica. Em sua opinião, o texto constitucional seria nominalista, servindo como verdadeiro "álibi" para os governantes, no tocante a não concretização de seus preceitos.[271]

Portanto, é forçoso concluir que existe um paradoxo entre o atual neoconstitucionalismo, que proclama pelo reconhecimento e efetividade dos direitos

---

[270] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 288-289.

[271] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 101-110.

fundamentais, e a ineficácia (ou inexistência) de políticas públicas tendentes a minimizar a pobreza e as desigualdades sociais.

2. A CRIMINOLOGIA E SUAS FORMAS DE PREVENÇÃO DELITIVA

Primeiramente, importantíssimo ressaltar que a finalidade primordial da criminologia é a prevenção do delito.

Nesse sentido, ensina Nestor Sampaio Penteado Filho:

> Os fins básicos (por vezes confundidos com suas funções) da criminologia são informar a sociedade e os poderes constituídos acerca do crime, do criminoso, da vítima e dos mecanismos de controle social. Ainda: a luta contra a criminalidade (controle e prevenção criminal).[272]

Posto isso, faz-se mister analisar os mecanismos criminológicos aptos a controlar e prevenir a criminalidade.

Objetivando-se resguardar o Estado de Direito, com a consequente manutenção da paz social, torna-se indispensável o alcance de dois tipos de medidas: a primeira delas atingindo indiretamente o crime, e a segunda diretamente.

No presente trabalho científico, verificar-se-á que a mais importante medida preventiva do delito consiste em atingir os meios indiretos da criminalidade, isto é, atacar as causas do crime, e não diretamente o crime em si. Afinal, cessada a causa da criminalidade, cessam também seus efeitos.

Destarte, o foco do estudo recai sobre dois caminhos básicos: o indivíduo e, principalmente, o meio em que ele vive.

No que tange ao indivíduo, o Estado deverá analisar seu caráter e temperamento (aspecto personalíssimo), com a finalidade de moldar e motivar sua conduta, possibilitando-se melhor aferição da pena cabível e, sobretudo, buscando-se melhores meios de prevenção situacional do delito.

---

[272] PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 26.

Em relação ao meio social, dever-se-á conjugar medidas políticas, econômicas, sociais etc., sempre com o objetivo de efetivar os direitos sociais previstos na Constituição Federal, reduzindo os fatores de desigualdades e, consequentemente, minimizando também a criminalidade.

Afinal, de acordo com Nestor Sampaio Penteado Filho:

> A criminalidade transnacional, a importação de culturas e valores, a globalização econômica, a desorganização dos meios de comunicação em massa, o desiquilíbrio social, a proliferação da miséria, a reiteração de medidas criminais pífias e outros impelem o homem ao delito.[273]

Em que pese a correta observação do Professor Penteado Filho, vale ressaltar que, se por um lado o meio social pode levar o homem à criminalidade, por outro, ele também pode ser um fato estimulante de alteração comportamental.

Com efeito, o fomento de empregos, a urbanização das cidades, a melhoria da educação pública, gratuita e de acesso a todos, sem prejuízo dos demais direitos sociais previstos na Constituição, são fatores que podem retirar o homem da criminalidade.

Desse modo, parece claro dizer que a atual inefetividade dos direitos sociais é caminho praticamente certo rumo à criminalidade. Logo, a recíproca é verdadeira: o melhor meio de combater o crime é colocar em prática os comandos oriundos do neoconstitucionalismo, efetivando direitos e garantias fundamentais.

Ademais, vale registrar que a criminologia prevê três fases de prevenção delitiva. São elas: primária, secundária e terciária.

Sem delongas, a fase secundária é marcada pela ação policial e legislativa, com a criação de leis que melhor combatam a criminalidade.

Por outro lado, a fase terciária é voltada ao preso, em fase de execução penal, com o aprimoramento de medidas socioeducativas, como a laborterapia prisional, visando sua ressocialização – o que raramente ocorre.

---

[273] PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 101.

Contudo, o objetivo do presente trabalho tem sua importância intensificada nesse aspecto. Isto porque as fases secundárias e terciárias de prevenção delitiva são insuficientes ao combate da criminalidade, se desprovidas de direitos sociais efetivos, cujos quais integrarão a fase primária da prevenção delitiva.

A aludida fase ataca a raiz do conflito (educação, trabalho, moradia, segurança, lazer etc), pela qual exige do Estado maior eficácia e celeridade com vistas a implantar tais direitos sociais, como forma mais robusta e contundente de prevenir o delito.

Portanto, de acordo com a Criminologia Moderna, a fase primária de prevenção delitiva atua de médio a longo prazo, mas possui suporte de maior eficácia no combate ao crime, porquanto ataca sua principal causa.

Nessa esteira, tratando sobre prevenção primária, calha mencionar o comentário da Professora Mônica Resende Gamboa:

> É aquela decorrente da conscientização social, a qual atinge o problema criminal em sua etiologia, isto é, em sua raiz e essência. Consiste em meio mais eficaz de prevenção delitiva, sendo operacionalizada em longo prazo. Manifesta-se por meio de estratégias políticas, culturais e sociais, proporcionando qualidade de vida ao indivíduo, além de capacitá-lo socialmente a fim de que supere, de forma positiva, eventuais conflitos.[274]

3 Teorias sociológicas da criminalidade

Neste momento do trabalho, é preciso abordar os modelos macrossociológicos, trazidos pela Sociologia Criminal, cujo precursor foi Enrico Ferri, a fim de compreender as teorias consensuais e conflitivas da criminalidade.

Por questão de utilidade, não se faz oportuno refletir sobre todos os modelos sociológicos existentes. Com efeito, surgem algumas principais teorias que se situam em duas espécies de modelos sociológicos: consensuais e conflitivas.

---

[274] GAMBOA, Mônica Resende. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 124.

3.1 Teorias consensuais

Em simples palavras, as teorias consensuais, ao contrário das conflitivas, não criticam modelos (sociais, penais ou econômicos) preexistentes, mas tão somente estudam formas de análise criminológica, no aspecto social, visando prevenir a criminalidade.

Ademais, dispõe Nestor Sampaio Penteado Filho:

> As teorias consensuais partem dos seguintes postulados: toda sociedade é composta de elementos perenes, integrados, funcionais, estáveis, que se baseiam no consenso entre seus integrantes.[275]

De acordo com os modelos sociológicos consensuais, as teorias que mais se encaixam ao presente trabalho são: Escola de Chicago (teoria da ecologia criminal ou da desorganização social) e Teoria da Anomia.

Em relação à Escola de Chicago, primeiramente é importante ressaltar que sua criação surgiu no início do Século XX, momento em que a Revolução Industrial proporcionou uma forte expansão do mercado americano, com a consolidação da burguesia comercial.

Nesse momento, em função do crescimento exponencial da cidade de Chicago, a qual cresceu do centro para a periferia, gravíssimos problemas sociais colaboraram para o rápido aumento da criminalidade.

Com isso, surge, no ano de 1920, a denominada Escola de Chicago, com o propósito de estudar a relação entre os fatores sociais das grandes cidades com o aumento crescente do número de crimes.

A aludida Escola criou então a Teoria da Ecologia Criminal ou Teoria da Desorganização Social.

Por tais estudos, concluiu-se que o crescimento desordenado das cidades é fator determinante do alto índice da criminalidade, sobretudo em decorrência da insuficiência de controles sociais formais, como segurança pública.

---

[275] PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 65.

Desse modo, a relação desta teoria com o presente estudo se justifica pela inefetividade dos direitos sociais, mormente nas grandes cidades, que impulsiona os fatores criminógenos.

Exige-se, portanto, sobretudo em cidades de rápido crescimento, que o Poder Público se preocupe com um desenvolvimento municipal integrado por políticas públicas que visem efetivar direitos sociais, sob pena de ver nascer uma grande cidade, mas com gigantesca criminalidade.

Esse é o objetivo da Escola de Chicago, ao criar a Teoria da Ecologia Criminal. Nesse sentido, tratando sobre propostas de concretização dos direitos sociais, complementa Nestor Sampaio:

> As principais propostas da ecologia criminal visando o combate à criminalidade são: alteração da situação socioeconômica das crianças; amplos programas comunitários para tratamento e prevenção; planejamento estratégico por áreas definidas; programas comunitários de recreação e lazer, como ruas de esportes, escotismo, artesanato, excursões etc.; reurbanização dos bairros pobres, com melhoria da estética e do padrão das casas.[276]

Além disso, dentro das teorias consensuais, há a denominada Teoria da Anomia. Sobre o assunto, esclarece Mônica Resende Gamboa:

> Etimologicamente, significa "ausência de leis"; na perspectiva de Emile Durkheim, consiste na dissociação do indivíduo e na consciência coletiva, em que a motivação para a delinquência decorreria da impossibilidade de o indivíduo atingir metas desejadas por ele, como o sucesso econômico ou o *status* social.[277]

Nesses termos, vale registrar que toda vez que o Estado falha é preciso resgatá-lo, preservando sua razão existencial. Se isso não for possível, haverá uma espécie de disfunção estatal.

Com isso, para a Teoria da Anomia, o crime pode ser considerado, no plano sociológico, um sintoma de dissociação entre as aspirações socioculturais e os meios desenvolvidos para alcançar tais aspirações.

---

[276] PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 68.
[277] GAMBOA, Mônica Resende. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 100.

De modo simples, o indivíduo que se depara com um Estado omisso tende a apelar para a criminalidade, como forma de alcançar seus objetivos, até então ignorados pelo Poder Público.

3.2 Teorias conflitivas

Nesse ponto, surgem duas principais teorias conflitivas a serem refletidas no presente estudo: Teoria da Rotulação (Etiquetamento ou *Labelling Approach*) e Teoria Marxista (Radical ou Crítica).

De acordo com o *Labelling Approach*, cujos principais expoentes foram Erving Goffman e Howard Becker, a criminalidade não seria fruto exclusivo da conduta humana, mas sim de um processo de estigmatização social, decorrente de uma política criminal inadequada.

Dessa forma, entende-se que a criminalização primária produz a etiqueta ou rótulo, que por sua vez produz a criminalização secundária, conhecida como reincidência criminal.

Por tal motivo, sugere-se o minimalismo penal, evitando-se as penas privativas de liberdade, que no Brasil notoriamente aumentam a exclusão social, porquanto não evitam o problema criminal e, ainda, rotulam o indivíduo que já nasceu desprovido de direitos sociais fundamentais.

Além disso, existe também a Teoria Marxista, que não critica o modelo penal (como faz a Teoria do Etiquetamento), mas sim o modelo econômico vigente no país: o capitalismo.

Destarte, para tal teoria, o capitalismo é a base da criminalidade, na medida em que promove a ambição e a exploração econômica, levando o homem a delinquir, para que possa atingir seus objetivos.

Nessa esteira, conclui o renomado Nestor Sampaio Penteado Filho:

> Portanto, essa teoria, de origem marxista, entende que a realidade não é neutra, de modo que se vê todo o processo de estigmatização da população marginalizada, que se estende à classe trabalhadora, alvo preferencial do sistema punitivo, e que visa criar um temor da

> criminalização e da prisão para manter a estabilidade da produção e da ordem social[278].

Entretanto, de acordo com o referido trabalho, sustenta-se que o capitalismo em si não é a causa determinante da criminalidade, mas sim a desigualdade social o é, porquanto gera verdadeiro capitalismo selvagem.

Em suma, pode-se dizer que o capitalismo evoluído (distributivo e civilizado) é compatível com o controle da criminalidade, como ocorre nos exemplos dos países escandinavos (Suécia, Noruega, Holanda, Bélgica, Islândia etc.), em que a desigualdade social passa longe – e a alta criminalidade também.

Acerca do comentário acima, Luiz Flávio Gomes conclui: "Esses países estão revelando uma pista extraordinariamente clara no sentido de que *quanto mais igualdade, menos delitos violentos*".[279]

Além disso, o renomado autor traz gloriosa reflexão sobre a questão do capitalismo e, principalmente, da desigualdade social, em consonância com a criminalidade brasileira.

> Por que o Brasil se tornou tão violento? Porque nunca soube domar o monstro do capitalismo selvagem (que aqui é fantasticamente centopeico e hecatônquiro), apresentando, em consequência, uma das políticas criminais mais desastradas e erradas do planeta (pois alimenta continuamente a espiral da violência, da tragédia). Nossas taxas de violência desenfreada refletem um país que não cumpre nem sequer as regras mais elementares de uma nação civilizada e não alienada. Não levamos a sério até hoje que somente quando o humano alcança sua liberdade econômica é que ele pode realizar seus fins morais, de desempenhar com qualidade um bom trabalho, de se educar continuamente, de desfrutar uma livre informação, da liberdade de reunião, da liberdade de autodeterminação etc.[280]

---

[278] PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 75.
[279] GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 334.
[280] GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 335.

4 Socialização ou Ressocialização: qual a saída mais vantajosa?

De acordo com o atual cenário brasileiro, constata-se uma verdadeira inversão de valores: primeiro, por falta de concretização dos direitos sociais, abre-se as portas para a criminalidade, aumentando a exclusão social; posteriormente, pensa-se em soluções de ressocialização, na maioria das vezes através de leis penais, destinadas a quem já foi, ainda mais, excluído da sociedade.

Comprovando a premissa supramencionada, insta dizer que, com forte influência midiática e reacionária (classista), o legislador brasileiro já reformou nossas leis penais 150 vezes, de 1940 a 2013, sendo que 72% dessas leis foram de caráter árduo, prejudicando a situação do réu no processo penal. Entretanto, a notícia é a seguinte: nenhuma lei penal foi capaz de reduzir a criminalidade.

Essa é uma realidade empiricamente incontestável. Com isso, indaga-se: é melhor socializar ou ressocializar?

Em simples palavras, seria mais vantajoso acertar no começo, ou tentar corrigir o erro no final?

A despeito da obviedade da resposta, primeiramente é importante ressaltar que certamente não se pode negar a importância de políticas públicas tendentes à ressocialização de presos, eis que o sistema penitenciário, se bem organizado, também pode integrar meios de reinserção social.

Entretanto, é evidente que os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 devem ser concretizados desde o berço, sob pena deste se tornar verdadeiro “berço da criminalidade”.

Além disso, vale salientar que a criminalidade, uma vez projetada no homem, exige esforço contínuo e duradouro para dele ser retirada – o que nem sempre ocorre, momento em que o criminoso se aprimora no crime como se estivesse em verdadeira “ladeira escorregadia”.

Por isso, a saída manifestamente mais vantajosa é aquela iniciada no berço, através da concretização da educação, do lazer, do trabalho, da saúde, dentre

outros importantes direitos sociais constitucionais, nos moldes da prevenção primária do delito, mencionada em capítulo anterior deste trabalho.

Nessa toada, esclarece o professor Alvino Augusto de Sá:

> Não é a ressocialização (entendida como a adequação social da conduta do indivíduo punido) que deve ser um pressuposto para a inclusão social (reintegração social), mas a inclusão social é que deve ser um pressuposto para a ressocialização.[281]

Consequentemente, a fim de ver reduzida a criminalidade, visando-se um país com socialização de berço, deve haver conscientização acerca da necessidade de igualdade social - com a consequente concretização dos direitos sociais – através de políticas públicas eficazes.

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes:

> Não faremos melhoras enquanto não nos conscientizarmos que a redução da criminalidade violenta está diretamente ligada à igualdade do país (escolarização de todos, aumento da renda per capita etc.), bem como ao modelo de política criminal que ele desenvolve (que deve priorizar a prevenção, em detrimento da repressão). O erro no Brasil ocorre inicialmente por não termos políticas públicas socioeconômicas e educacionais eficazes; nem sequer por aqui existe o império generalizado da lei repressiva (sempre preferimos o caminho errado da “severidade da pena” em lugar do rumo certo da “certeza do castigo”; sempre priorizamos a repressão à prevenção).[282]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o propósito de combater a criminalidade, a solução encontrada consiste em uma melhor concretização dos direitos sociais fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 elenca diversos direitos sociais, assegurando aos indivíduos educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, bem como assistência aos desamparados. Entretanto, no plano concreto, as políticas públicas tendentes a

---

[281] SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 228.
[282] GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 335-336.

efetivar os mencionados direitos são insuficientes, o que denota o simbolismo da atual Constituição.

Desse modo, o neoconstitucionalismo, que busca garantir direitos previstos constitucionalmente, choca-se com a inefetividade desses direitos.

Assim, o fracasso na concretização dos direitos sociais gera a lamentável intervenção do direito penal, com seu caráter eminentemente repressivo, que dificulta ainda mais a inclusão social.

Com isso, o presente estudo ressalta a importância de inovação e fortalecimento das políticas públicas, com a intenção de concretizar direitos sociais, visando-se maior justiça social e, consequentemente, menor necessidade de justiça penal.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. **Direito Constitucional**. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

GAMBOA, Mônica Resende. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Método, 2013.

GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal:** civilização ou barbárie? 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal:** proposta de um modelo de terceira geração. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

O DEBATE SOBRE O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Guilherme Pupe Da Nóbrega

RESUMO: O presente trabalho trata do debate, doutrinário e jurisprudencial, a respeito dos antecedentes históricos e da origem comum do recurso especial e do recurso extraordinário, analisando a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça realizar controle incidental de constitucionalidade em sede de recurso especial, aplicando o direito à espécie em razão do efeito translativo do apelo extremo, enquadrada a matéria constitucional como substancial de ordem pública, sem que isso necessariamente importe em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. São analisadas, por fim, brevemente, algumas novidades trazidas pelo projeto do Novo Código de Processo Civil e suas possíveis influências em relação ao tema posto.

Palavras-chave: controle incidental de constitucionalidade; recurso especial; justiça constitucional; Novo Código de Processo Civi.

RESUME: This work deals with the debate , doctrinal and jurisprudential , about the historical background and the common origin of the special appeal and extraordinary appeal , examining the possibility of the Superior Court of Justice conduct incidental control of constitutionality in place of special appeal, applying the right to the species due to the transmissive effect of extreme appeal , framed as a constitutional matter of substantial public order , without necessarily care for usurpation of jurisdiction of the Supreme Court . Are analyzed , finally , briefly , some novelties brought by the New Code of Civil Procedure project and its possible influences on the topic post.

Keywords: judicial review; special appeal; New Code of Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

Este escrito tem o condão de abordar, com pronfundidade consentânea com o fôlego que lhe é possível, o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da

possibilidade de controle incidental de constitucionalidade pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, é revisitada a origem histórica do recurso especial, cujas hipóteses de cabimento eram, até a Constituição de 1988, reservadas ao recurso extraordinário.

Também é aqui objeto de enfrentamento o efeito translativo ou devolutivo profundo e a sua possível conferência ao especial a fim de trasladar ao conhecimento do STJ matéria de ordem pública que não haja sido objeto de enfrentamento pelas instâncias ordinárias. Bem a propósito, enquadrada a matéria constitucional como sendo de ordem pública, verificar-se-á a possibilidade de o STJ, de ofício, exercer controle incidental de constitucionalidade em sede de recurso especial.

Por fim, o foco do debate será analisado à luz de algumas das mudanças trazidas pelo projeto do Novo Código de Processo Civil e a possível influência da novel legislação na discussão.

1. Controle de constitucionalidade difuso no Brasil e a origem comum dos recursos extraordinário e especial

O controle difuso de constitucionalidade surge no Brasil com inequívoca inspiração no *writ of appeal* do direito norteamericano, instituído pelo *Judiciary Act* de 1789 e antecessor do atual *writ of certiorari*.[283]

A origem remota se encontra em nossa Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1º, *a* e *b*) e no Decreto n.º 848/1890, que trazia, em seu artigo 3º, que, na guarda da Constituição, os magistrados atuariam por provocação da parte. A questão relativa à constitucionalidade, pois, era matéria de exceção, isto é, não

[283] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 727-728.

representava o objeto próprio da ação, mas questão incidental apta a repercutir no exame do direito posto a exame.[284 e 285]

Posteriormente, a Constituição Federal de 1891, da lavra de Rui Barbosa, incorporou aqueles dispositivos e previu o modelo difuso em seu art. 59, § 1º, *a* e *b*[286], atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a proteção, em sede de recurso extraordinário, da legislação federal e da Constituição.

Em seguida, a Lei n.º 221/1894 dispôs em seu artigo. 13, § 10, a previsão de que os juízes e tribunais "deixarão de aplicar aos casos concretos as leis manifestamente inconstitucionais"[287], passando a admitir a declaração incidental de inconstitucionalidade mesmo de ofício.

A Constituição de 1934, de sua vez, manteve em seu art. 76, III, *b* e *c*[288], o controle difuso, embora passasse a exigir, por questões de segurança jurídica, que a declaração de inconstitucionalidade se desse pela maioria dos membros dos tribunais (art. 179) — exigência que culminaria na cláusula de reserva de Plenário a

---

[284] "Art. 3º Na guarda e applicação da Constituição e das leis nacionaes a magistratura federal só intervirá em especie e por provocação de parte." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm> Acesso em 14.10.2014.

[285] MENDES, Gilmar Fereira *et. al. Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 982-1011.

[286] "Art 59 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) § 1º - Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em 14.10.2014.

[287] "Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. (...) § 10. Os juizes e tribunaes apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de applicar aos casos occurrentes as leis manifestamente inconstitucionaes e os regulamentos manifestamente incompativeis com as leis ou com a Constituição." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1851-1900/l0221.htm> Acesso em 14.10.2014.

[288] "Art 76 - A Corte Suprema compete: (...) III - em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: (...) b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada;" Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm Acesso em 14.10.2014.

que alude o artigo 97 da Constituição Federal de 1988[289], interpretada pela Súmula Vinculante n.º 10 do Supremo Tribunal Federal.[290] Também na Carta de 1934 surge a possibilidade de se atribuir eficácia *erga omnes* às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas em controle difuso por meio da suspensão, pelo Senado Federal, da execução da norma impugnada (art. 91, IV).

A Constituição Federal de 1937 igualmente manteve o controle difuso em seu artigo 101, III, *a* a *d*[291], conjugando com esse a defesa do direito objetivo federal. Essa mesma linha foi seguida pela Constituição Federal de 1946 (101, III, *a* a *d*).[292]

A propósito, sob a égide da Constituição Federal de 1946, o Supremo Tribunal Federal passou a ser assoberbado por um grande número de recursos extraordinários interpostos tanto com fulcro em violação à Constituição como, também, para tutela do direito objetivo federal. Começa a surgir na doutrina um debate sobre os mecanismos para resolver a crise por que passava aquele Tribunal.

José Afonso da Silva, em trabalho publicado em 1963, defendeu a criação de um "Tribunal Superior de Justiça", a que seria atribuída a competência para

---

[289] "Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 14.10.2014.

[290] "Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte."

[291] "Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III - julgar, em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instâncias: a) quando a decisão for contra a letra de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade da lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válida a lei ou o ato impugnado; d) quando decisões definitivas dos Tribunais de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou decisões definitivas de um destes Tribunais e do Supremo Tribunal Federal derem à mesma lei federal inteligência diversa." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em 14.10.2014.

[292] "Art 101 - Ao Supremo Tribunal Federal compete: (...) III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm > Acesso em 14.10.2014.

conhecer, em grau recursal, causas decididas em única ou última instância em violação à legislação infraconstitucional, esvaziando, no particular, o recurso extraordinário. Ao remédio para tutela do direito objetivo federal o autor deu o nome de recurso especial.[293]

Sob a influência daquele trabalho é realizada, em 1965, na Fundação Getúlio Vargas, mesa redonda de que participou notável comissão de juristas[294]. Os resultados do encontro nos são relatados por Carlos Mário da Silva Velloso:

> Preconizaram esses eminentes juristas, então, um tribunal que fizesse as vezes do Supremo Tribunal Federal, vale dizer, de um tribunal para julgamento de recursos extraordinários relativos ao direito federal comum (...): "9 -Decidiu-se, sem maior dificuldade, pela criação de um novo tribunal. As divergências sobre a sua natureza e o número de tribunais que a princípio suscitaram debates, pouco a pouco se encaminharam por uma solução que mereceu afinal o assentimento de todos. Seria criado um único tribunal que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e habeas-corpus originários, os contra atos dos Ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos Estados. 10 -Assim, também, os recursos extraordinários fundados exclusivamente na lei federal seriam encaminhados a esse novo Tribunal, aliviando o Supremo Tribunal de uma sobrecarga. (Rev. de Direito Público e Ciência Politica, Fundação Getúlio Vargas, vol. VIII, maio/agosto/65, tomo 2, págs. 134 e segs.)".[295]

A despeito do debate doutrinário, a Constituição de 1967/69 foi infensa à proposta e manteve, em seu artigo 114, III, *a* a *d*[296], como hipótese de cabimento do

---

[293] SILVA, José Afonso da. *Do recurso extraordinário no direito processual brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963, p. 455-456.

[294] A comissão era presidida pelo Ministro Themístocles Brandão Cavalcanti e integrada por Caio Tácito, Lamy Filho, Flávio Bauer Novelli, Miguel Seabra Fagundes, Alcino de Paula Salazar, Caio Mário da Silva Pereira, José Frederico Marques, Gilberto de Ulhoa Canto, Levy Fernandes Carneiro, Mário Pessoa e Miguel Reale.

[295] VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Superior Tribunal de Justiça na Constituição*. Inf. juríd. Bibl. Min. Oscar Saraiva, jul./dez., 1989, p. 95-96.

[296] "Art 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: (...) III - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de Governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; d) der à lei interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal." Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67EMC69.htm> Acesso em 14.10.2014.

recurso extraordinário endereçado ao Supremo Tribunal Federal, a violação à legislação infraconstitucional.

Em 1985, já no período de redemocratização do País, fez-se necessária a edição de uma nova Constituição. A Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, instituída pelo Decreto n.º 91.450/1985, acolheu a proposta feita inicialmente por José Afonso da Silva e ratificada em debate levado a cabo em 1965, fazendo constar, da Constituição Federal de 1988, a criação do Superior Tribunal de Justiça, com competência recursal ordinária e extraordinária, essa voltada para a tutela do direito federal infraconstitucional, pela via do recurso especial, cuja história, até a atual Constituição, como seu viu, se confundia com a do recurso extraordinário.[297]

Em outras palavras, a partir de 1988, a Constituição Federal passou para o STJ a competência para “recursos que resguardem legislação infraconstitucional” e concentrou no STF a proteção à Constituição, muito embora tenha preservado o modelo difuso de controle de constitucionalidade.[298]

2. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça e da doutrina sobre a possibilidade de controle difuso em sede de recurso especial

Tem-se, então, a partir da Constituição Federal de 1988, a transferência, do STF para o STJ, da competência para conhecer de recurso extremo que diga respeito a violação à legislação infraconstitucional. Mantém-se, por outro lado, o controle difuso, incidental de constitucionalidade, a competência de todo juízo ou Tribunal de afastar a aplicação de norma inconstitucional quando do julgamento de um caso concreto.

Conveniente, uma vez fixada essa premissa, revisitar alguns conceitos a fim de que sejam respondidas, de pronto, possíveis indagações.

---

[297] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 819.
[298] MENDES, Gilmar Fereira *et. al. Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 982-1002.

2.1 Efeito translativo ou devolutivo amplo e controle de constitucionalidade como matéria de ordem pública

Em primeiro lugar, quanto ao controle difuso, tem-se, com base na lição de Gilmar Ferreira Mendes, que esse se caracteriza pela possibilidade de que o juízo, deparando com o necessário enfrentamento da (in)constitucionalidade de determinado ato normativo como questão incidental, deixe de aplicar a norma se reputá-la ofensiva à Carta. De mais a mais, por tratar-se de questão incidental, o exame independeria, mesmo, de provocação das partes nesse sentido:

> pela verificação de uma questão concreta de inconstitucionalidade, ou seja, de dúvida quanto à constitucionalidade de ato normativo a ser aplicado num caso submetido à apreciação do Poder Judiciário. (...)
> Anote-se que não se faz imprescindível a alegação dos litigantes, podendo o juiz ou o tribunal recusar-lhe aplicação, a despeito do silêncio das partes.[299]

Indo além, importante reflexão se coloca quando esse exame a respeito da (in)constitucionalidade da norma é encarado, mais que como uma questão incidental — parada obrigatória no percurso rumo ao exame do mérito —, como matéria de ordem pública: a vedação à aplicação de norma inconstitucional transcende o interesse das partes e vincula obrigatoriamente o juízo. Com efeito, nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, normas de ordem pública:

> não disciplinam negócios ou interesses conflitantes entre o Estado e as partes, mas o modo como o poder é exercido. O Estado-juiz não persegue concretos interesses seus em confronto com o dos litigantes, nem se põe no mesmo plano que eles no processo. Exerce imperativamente o poder, tendo por contraposição o estado de sujeição dos litigantes (sujeição é a impossibilidade de impedir o exercício do poder por outrem. Falando de poder e de sujeição ao seu exercício, estamos falando de direito público.[300]

As matérias de ordem pública, portanto, resguardam interesse de toda a sociedade, a higidez do ordenamento e a correta prestação jurisdicional, por isso mesmo podendo ser conhecidas de ofício pelo juízo, não estando, ainda, sujeitas a

---

[299] MENDES, Gilmar Fereira *et. al. Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 982-1013.
[300] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol I. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 67).

preclusão. No âmbito processual, as questões de ordem pública se concentram no artigo 267, IV, V, VI e respectivo § 3º, do CPC.[301]

Acontece que também há matéria de ordem pública substancial, ou de direito material — de que é um exemplo a prescrição.[302] Surge então a dúvida sobre se a questão incidental relativa à (in)constitucionalidade de norma aplicável a um caso concreto estaria alcançada por essa definição.

Sendo a Constituição Federal a base do ordenamento jurídico, donde emana a fonte legitimadora da própria atuação jurisdicional, é possível dizer que a "conformidade de qualquer espécie normativa com o texto constitucional é, até mesmo por imperativo do Estado de Direito (cuja regência maior se dá pelo texto legislativo fundante, a Constituição)", "a mais relevante das matérias de ordem pública, dado que o controle da higidez da Constituição é dever primeiro de qualquer magistrado."[303]

Corroboram esse argumento alguns dos institutos postos à disposição da parte e que evidenciam o quanto o ordenamento é refratário à decisão pautada em inconstitucionalidade: rescisória por violação a disposição literal à Constituição[304];

---

[301] Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) (...)
IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;
VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; (...)
§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

[302] A redação atual do artigo 219, § 5º, do CPC, em nossa opinião, alçou a prescrição definitivamente ao *status* de matéria de ordem pública, corolário da segurança jurídica.

[303] MELLO, Rogério Licastro Torres de. Atuação de ofício em grau recursal. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 256-257. No mesmo sentido: "sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa, não devem os tribunais fugir à tese." MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 373. Ainda: SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 141.

[304] "Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...) V - violar literal disposição de lei." Pela possibilidade de ação rescisória contra sentença fundada em norma inconstitucional: na doutrina, CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. v. II, 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 19; na jurisprudência, STJ, REsp 128.239/RS, rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 11.12.2000. Em todo caso, com a ressalva da Súmula 343 do STF ("Não

impugnação ao cumprimento de sentença inexigível, porque fundada em norma declarada inconstitucional[305], sendo possível invocar essa mesma defesa também em embargos à execução contra a Fazenda Pública[306]; e com alguma controvérsia, a *querela nullitatis.*[307]

Esses elementos permitem inferir, pois, que a questão acerca da constitucionalidade de lei aplicável a caso concreto é matéria de suma relevância, pauta de forma vinculativa a jurisdição a ser prestada, ganhando destaque como matéria substancial de ordem pública que, ao mesmo tempo em que transcende o interesse das partes, impõe ao juízo o resguardo da Constituição, base do ordenamento e fonte primeira legitimadora da atividade jurisdicional.

2.2 Recurso especial e efeito translativo ou devolutivo amplo

A par da premissa fixada acima, tem-se, noutra vertente, a análise sobre os possíveis efeitos do recurso especial, de fundamentação vinculada, que tem como fulcro, em suas hipóteses de cabimento, a defesa do direito objetivo federal.

Um efeito, em particular, ganha relevância para o presente estudo: a possibilidade, em razão do princípio inquisitório, de que o órgão julgador, em grau de recurso, enfrente matéria não suscitada pelas partes, exatamente por se tratar de

---

cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”).

[305] Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) (...)
II – inexigibilidade do título; (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005) (...)
§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

[306] Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) (...)
II - inexigibilidade do título; (...)
Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Redação pela Lei nº 11.232, de 2005)

[307] Defendem a possibilidade NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 23; CRETELLA NETO, José. *Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 368; na jurisprudência, STJ, REsp 7.556/RO, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439.

questão de ordem pública, não sujeita a preclusão. A doutrina diverge quanto ao nome dado a esse efeito, parte chamando-o de efeito devolutivo vertical ou profundo[308], parte chamando-o de efeito translativo.[309]

Para Eduardo Arruda Alvim[310] e Flávio Cheim Jorge, dentre outros, o recurso especial não possuiria efeito translativo: a despeito de o artigo 267, § 3º, do CPC, autorizar o conhecimento de ofício pelo juízo, "em qualquer tempo e grau de jurisdição", da matéria de ordem pública a que faz menção, a Constituição Federal, norma hierarquicamente superior, dispõe, em seu artigo 105, III[311], que o STJ julgará os recursos especiais "nas causas decididas, em única ou última instância".

A essa necessidade de abordagem prévia da questão objeto do especial pelas instâncias ordinárias dá-se nome de prequestionamento, pressuposto recursal que subordina o recurso extraordinário desde sua origem, na Carta de 1891, foi ratificado como exigência em 1963 pelas súmulas 282[312] e 356[313] do STF, e que, a partir da Constituição Federal de 1988, foi estendido como requisito de admissibilidade também para o recurso especial, dando origem à súmula 211 do STJ.

Mais bem explicando, no entendimento daqueles autores, dado que o recurso especial somente poderia ser conhecido na extensão da matéria impugnada que se fez constar do aresto recorrido, disso decorre que o ponto a respeito do qual a decisão houver silenciado não terá seu enfrentamento autorizado, ainda que se trate de matéria de ordem pública, carecendo o especial, pois, de efeito translativo ou devolutivo profundo em razão do necessário prequestionamento.

---

[308] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Vol. V, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 296; ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 253.

[309] NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos.* 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 156-157 e 417.

[310] ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2000, p. 232-233.

[311] Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

[312] "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

[313] "O ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

Outra parcela da doutrina[314], todavia, passou a flexibilizar esse entendimento, enxergando o prequestionamento apenas e tão somente como pressuposto recursal, mais que limitador de efeitos do recurso, de sorte que, caso o recurso especial fosse admitido, por qualquer fundamento que fosse, superado o óbice, estaria aberta a vereda para que o STJ conhecesse de eventual matéria de ordem pública, ainda que não prequestionada pelo Tribunal ordinário ou aventada no recurso especial.

No âmbito do STJ, o entendimento oscilou. Num primeiro momento, prevaleceu a tese de que mesmo questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, somente poderiam ser examinadas em sede de recurso especial se houvesse prequestionamento pelas instâncias ordinárias.[315] A partir de 2005, porém, a Segunda Turma[316] passou a admitir o enfrentamento de matéria ordem pública, não prequestionada, desde que o recurso especial houvesse sido admitido, atribuindo-se efeito tranlativo ao especial. Em outras palavras, ultrapassada a admissibilidade quanto a violações outras, estaria o STJ autorizado a conhecer de ofício de matéria de ordem pública que não fora objeto do acórdão recorrido ou, mesmo, do especial. Posteriormente, a Primeira Turma[317] e as Turmas integrantes da Segunda Seção[318] também passaram a encampar a tese em seus julgados.

---

[314] Nesse sentido, Egas Dirceu Moniz de Aragão, José Frederico Marques, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Fredie Didier Jr. A compilação foi feita por NOLASCO, Rita Dias. *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. *In*: Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier. V. 10. São Paulo: RT, 2006, p. 485-486. Ainda: MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253.

[315] STJ, Terceira Turma, AgRg no AG 190.434, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 13.9.1999; STJ, Segunda Turma, AgRg no AG 286.074, rel. Min. Eliana Calmon.

[316] “2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas *ex officio* , por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF).” STJ, Segunda Turma, REsp 485.969, rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 4.10.2005.

[317] “1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: REsp 801.154/TO, DJ 21.05.2008; REsp 911.520/SP, DJ 30.04.2008; REsp 869.534/SP, DJ 10.12.2007; REsp 660519/CE, DJ 07.11.2005. 2. Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, já que cumprirá ao Tribunal "julgar a causa, aplicando o direito à espécie" (Art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF).” STJ, EDcl no AgRg no REsp 1043561, rel. para o acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 28.2.2011.

[318] A ilustração se faz por aresto da Quarta Turma: “1. A análise da prescrição, mesmo sendo matéria de ordem pública, não dispensa o necessário prequestionamento. 2. Por força do efeito translativo, esta matéria poderia ser analisada se

Essa mudança de entendimento encontrou calço, além do entendimento doutrinário exposto anteriormente, na aplicação analógica da súmula 456 do STF[319] e no artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça[320], que estabelecem a hipótese de, admitido o gênero recurso extraordinário (de que é espécie o recurso especial), o STF ou o STJ julgarem a causa, aplicando o direito à espécie.

Esse raciocínio se assenta justamente na premissa de que o gênero recurso extraordinário possui, sim, efeito devolutivo amplo — a que, como vimos, alguns chamam de efeito translativo. Isso quer dizer que, superados os óbices à admissibilidade, o STF e o STJ, ao julgar o mérito recursal, não ficariam adstritos nem aos fundamentos da decisão recorrida, nem aos fundamentos do recurso, podendo, mesmo, valer-se de argumento não suscitado pela parte, como, por exemplo: matéria de ordem pública.

Outro argumento é trazido por Barbosa Moreira[321], quando afirmava, ainda antes da Constituição de 1988 e da criação do STJ, que o STF não seguiu o modelo da Corte de cassação francesa, se alinhando com o modelo argentino, isto é, resolvida a questão ensejadora do mérito recursal, ao invés de remeter os autos às instâncias ordinárias para julgamento das demais questões, deveria o STF, de pronto, julgar a matéria de fundo.

Importante alerta que se faz, de pronto — mas que será mais bem esmiuçado na epígrafe seguinte —, diz respeito ao fato de que tanto o escólio de Barbosa Moreira quanto a súmula 456 do STF antecederam a criação do STJ e do recurso especial, isto é, quando ainda era hipótese de cabimento para interposição do recurso extraordinário a salvaguarda do direito objetivo federal. Assim, fazia sentido

---

o recurso especial superasse o juízo de admissibilidade, o que não se verifica na hipótese." STJ, Quarta Turma, AgRg no Ag 1.357.618/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJ de 4/5/2011.

[319] STF Súmula nº 456 - 01/10/1964 - DJ de 8/10/1964, p. 3647; DJ de 9/10/1964, p. 3667; DJ de 12/10/1964, p. 3699. Conhecimento - Recurso Extraordinário - Aplicação do Direito. O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

[320] Art. 257 - No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

[321] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Vol. V, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 678.

que o STF, julgando o recurso extraordinário, aplicasse o direito à espécie, mesmo o infraconstitucional, para o qual também detinha competência. Esse entendimento, contudo, foi superado por julgados daquela Corte após a Constituição de 1988.

Seria possível dizer, então, que o entendimento pela atribuição de efeito translativo — ou de amplo efeito devolutivo — ao recurso especial que houvesse superado a admissibilidade, a autorizar o conhecimento de matéria de ordem pública pelo STJ mesmo não prequestionada, caminhava para a consolidação no seio dessa Corte.

Seria, não fosse pelo fato de a Corte Especial, a despeito dos julgados das Turmas, ter proferido acórdãos,[322] entre 2008 e 2012, em embargos de divergência, retomando o entendimento original, no sentido de que mesmo questões de ordem pública, para serem conhecidas em sede de recurso especial, exigiriam prequestionamento específico.

Eis a situação de insegurança jurídica em que vive o STJ: a despeito de seu órgão jurisdicional máximo, responsável pela uniformização da jurisprudência no âmbito da Corte, possuir orientação a exigir prequestionamento para conhecimento de matéria de ordem pública, as Turmas, em precedentes posteriores e até bem mais recentes[323], adotam posicionamento diverso, autorizando o conhecimento de ofício, desde que o recurso especial haja sido admitido, seja por qual for o fundamento.

---

[322] "3. Tal como decidido no acórdão embargado, o Superior Tribunal de Justiça é firme em que, na instância especial, é vedado o exame de matéria, inclusive de ordem pública, que não tenha sido objeto de discussão na origem (...)." AgRg nos EREsp 787.696, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 20.10.2008. No mesmo sentido: "A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame *ex officio* de questão não debatida na origem, ainda que se trate de matéria de ordem pública, como a prescrição." AgRg nos EDcl nos EAg 1127013/SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 23.11.2010; e, ainda, o EREsp 999.342, rel. Min. Castro Meira, DJ de 1.2.2012

[323] "2. As matérias de ordem pública só podem ser apreciadas em sede de recurso especial se superado o juízo de admissibilidade do apelo nobre, situação em que se opera o efeito translativo do recurso, o que não ocorreu na hipótese." STJ, Quarta Turma, EDcl no AgRg no Ag nº 1.423.042, rel. Min. Raul Araújo, DJ de 5.12.2013.

2.3 Controle difuso de constitucionalidade a partir do efeito translativo do recurso especial

Trazendo a questão de volta para o foco do presente trabalho, restaria saber se, para o STJ, a questão incidental que importe em análise de (in)constitucionalidade de norma federal é ou não enquadrada como matéria substancial de ordem pública; ainda, saber se, por se tratar de questão peculiar, se esse tema receberia o mesmo tratamento dado às "demais" matérias consideradas de ordem pública.

No limiar da vigência da Constituição Federal de 1988, quando o STJ e o recurso especial eram ainda novidade, Carlos Mário da Silva Velloso já divisava a possibilidade de surgir, em sede de recurso especial, controvérsia constitucional, hipótese em que, segundo defendeu, estaria dispensado o prequestionamento:

> Se é certo que, pela letra "a", do inciso III, do art. 105, o contencioso constitucional não é pressuposto do recurso especial, certo é que esse contencioso poderá surgir no julgamento do recurso, pela letra "a", no seio do S.T.J., sem possibilidade de ser alegada, para a não admissão do debate constitucional, a figura processual do pre-questionamento. Esse debate constitucional poderá surgir no julgamento do recurso especial pela letra "a", tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça não será o único tribunal do País em que não ocorrerá o controle difuso de constitucionalidade, já que esse controle difuso faz parte do sistema constitucional brasileiro.[324]

Para Bernardo Pimentel, esse "contencioso constitucional" poderia e deveria ser enfrentado em sede de recurso especial, em razão de seu efeito translativo e, como já mencionado, do disposto na súmula 456/STF e no artigo 257 do RISTJ:

> Resta saber se o recurso especial produz efeito translativo. A melhor resposta parece ser a afirmativa. À vista do artigo 257 do Regimento Interno, conhecido o recurso, o Superior Tribunal de Justiça aplica desde logo o direito à espécie, julgando o caso concreto. Ora, ao julgar a causa, o Superior Tribunal de Justiça tem competência para reconhecer a ausência de algum pressuposto processual, a inexistência de alguma condição da ação e a ocorrência de nulidade absoluta, consoante o disposto nos artigos 113, 219, § 5º, 245, caput, e 267, § 3º, todos do Código de Processo Civil. Por conseguinte, ultrapassada a barreira da admissibilidade, o Tribunal

---

[324] VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Superior Tribunal de Justiça na Constituição*. Inf. juríd. Bibl. Min. Oscar Saraiva, jul./dez. 1989, p. 113.

> deve apreciar de ofício questões de ordem pública. **Como a questão da constitucionalidade de lei é de ordem pública, o Superior Tribunal de Justiça também deve julgar a questão após proferir juízo positivo de admissibilidade em relação ao especial. Frise-se, conhecido o recurso especial, o exame da questão constitucional deve ser feito até mesmo de ofício. Como todos os juízes e tribunais do país, o Superior Tribunal de Justiça também exerce o controle difuso de constitucionalidade, até mesmo em julgamento de recurso especial.**[325] (Destaquei)

Barbosa Moreira vai na mesma linha, reconhecendo a incompetência do STJ para, genericamente, conhecer de recurso voltado para a salvaguarda da Constituição, mas admitindo o controle incidental por entender que não faria sentido admitir que somente o STJ não poderia exercê-lo — a única limitação seria a necessária observância da cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição.[326]

Araken de Assis segue entendimento aparentemente intermediário: rejeita o efeito translativo como forma de se autorizar conhecimento de toda e qualquer matéria de ordem pública que não haja sido prequestionada, mas admite a análise quando a questão de ordem pública consistir em exame acerca da (in)constitucionalidade de lei. Uma justificativa, lógica, é trazida pelo autor: no caso de questão constitucional, mais que dispensar o prequestionamento, para que o STJ possa enfrentar a questão incidental constitucional, a abordagem deverá necessariamente ser inédita, sendo impositivo que o tema não tenha sido ventilado pelas instâncias ordinárias:

> É possível que, para julgar a causa e aplicar o direito à espécie, o STJ se veja na difícil contingência de pronunciar a inconstitucionalidade da regra. STJ pode exercer controle difuso da constitucionalidade no recurso especial. No entanto, é preciso que o faça originariamente — em outras palavras, se o acórdão local já agasalha a questão constitucional, do julgado caberá recurso extraordinário, e reexaminar a questão no julgamento do especial usurpa a competência do próprio STF.
> (...)
> Por outro lado, a função constitucional do STJ "avulta na preservação da unidade e da integridade na interpretação do direito federal. Em outras palavras, o STJ não julga a causa integralmente, nos seus

---

[325] SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 673-675.

[326] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito aplicado: pareceres*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 255-256.

> mais variados aspectos de fato e de direito. A circunstância de aplicar o direito à espécie, conforme estabelece o art. 257, in fine, do RISTJ, na linha preconizada pela Súmula do STF, n. 456, pressupõe a exata delimitação da 'espécie' sob julgamento — única e exclusivamente a questão federal impugnada, individualizada nas razões do recurso (art. 541, I) e 'decidida' pelos tribunais inferiores. (...) É por essa relevante razão que as tentativas de alargar o efeito devolutivo para abranger todas as questões de ordem pública se mostram insustentáveis."[327]

A observação é correta: caso a questão constitucional haja sido debatida no acórdão recorrido, jamais poderá o STJ dela conhecer em recurso especial, seja porque, como recurso de fundamentação vinculada, o ponto não é abarcado pelas hipóteses de cabimento daquele recurso, seja porque a competência para esse exame é constitucionalmente atribuída ao STF, pela via do recurso próprio, extraordinário. É esse mesmo raciocínio que ensejou a edição da súmula 126 do STF[328], exigindo, para conhecimento de recurso especial interposto contra acórdão que possua fundamento constitucional e infraconstitucional, a interposição simultânea do extraordinário, excepcionando o princípio da unirrecorribilidade.

Nessa mesma linha, vale trazer à balha voto do Ministro Sepúlveda Pertence, ainda em 1994, no AgRg no AI 145.589, em que se aduziu a possibilidade de controle difuso em sede de recurso especial, desde que não abordada a questão constitucional pelo Tribunal recorrido:

> (...) Não se contesta que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o STJ, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tenha o poder de declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei, mesmo de oficio; o que não e dado aquela Corte, em recurso especial, e rever a decisão da mesma questão constitucional do tribunal inferior; se o faz, de duas uma: ou usurpa a competência do STF, se interposto paralelamente o extraordinário ou, caso contrário, ressuscita matéria preclusa.[329]

---

[327] ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 844.

[328] STJ Súmula nº 126 - 09/03/1995 - DJ 21.03.1995. Recurso Especial - Acórdão em Fundamentos Constitucional e Infraconstitucional – Admissibilidade. É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

[329] STF, Pleno, AgRg no AI 145.589, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 24.6.1994. Em 1996 e 1999, o Min. Marco Aurélio ratificou esse entendimento em dois julgados da Segunda Turma: "RECURSO ESPECIAL - ATUAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - CONTROLE DIFUSO. O Superior Tribunal de Justiça, ultrapassada a barreira de conhecimento do recurso especial, exerce, como todo e qualquer órgão investido do oficio judicante, o controle difuso de constitucionalidade. Inexiste obice constitucional que o impeca de desprover recurso enquadrado no inciso III do artigo 105 da Carta Politica da Republica, tendo em vista homenagem a esta última."

Dez anos depois, no RE 298.694, o Ministro Sepúlveda pertence teve a oportunidade de reafirmar a tese:

> Não obstante, no julgamento do recurso especial por contrariedade à lei federal, se o STJ, malgrado o reconhecimento de sua violação, entender que a norma ordinária é incompatível com a Constituição, ninguém lhe contesta a autoridade para declarar incidentemente a inconstitucionalidade da lei invocada e, por isso, manter a decisão recorrida.[330]

Curiosamente, a despeito de o STF possuir entendimento tranquilo a respeito da possibilidade de controle difuso pelo STJ, no seio dessa Corte o tema, uma vez mais, encontrou oscilação. Em 1999 e 2000, alinhado ao entendimento do STF, o Min. Eduardo Ribeiro proferiu voto-condutor em acórdãos, da Terceira Turma, admitindo, com tranquilidade, o controle difuso em sede de recurso especial:

> Acolhido o pedido do autor, com base em norma infraconstitucional e reconhecendo-se, no especial, que infringida a lei, cumpre passar ao exame da alegada inconstitucionalidade do dispositivo que se teve como aplicável, tema de que não se cuidou no Tribunal de origem, por desnecessário.[331]
>
> Recurso especial. Possibilidade de cuidar-se de matéria constitucional quando o pedido tenha dois fundamentos e o de natureza constitucional não é examinado na origem porque acolhido o pedido com base no outro. Afastado o que levou à procedência do pedido, cumpre passar-se à alegação de inconstitucionalidade que, de outra forma, jamais seria examinada, uma vez que o vencedor não poderia interpor extraordinário, por falta de interesse de recorrer.[332]

No primeiro excerto, interessante notar que o exame proposto pelo Ministro Eduardo Ribeiro é sobre a constitucionalidade do parâmetro de controle que ensejou o aviamento do especial. Dito de outro modo, fundado o recurso em violação a dispositivo de lei federal, seria possível manter a decisão recorrida caso, a despeito do reconhecimento da violação ao dispositivo invocado, esse revelar-se inconstitucional.

Segunda Turma, AI 172.527 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 12.4.1996; "RECURSO ESPECIAL - JULGAMENTO DE MÉRITO - CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. O Superior Tribunal de Justiça, uma vez ultrapassada a barreira de conhecimento do recurso especial, julga a lide, cabendo-lhe, como ocorre em relação a todo e qualquer órgão investido do ofício judicante, o controle difuso de constitucionalidade." Segunda Turma, AI 217753 AgR, rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 23.4.1999.

[330] STF, Pleno, RE 298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 23.4.2004.

[331] STJ, Terceira Turma, EDcl no Resp 64.648, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 14.6.1999.

[332] STJ, Terceira Turma, Resp 73.106, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 13.3.2000.

Quanto ao segundo excerto, o raciocínio para justificar o exame da constitucionalidade é elementar: o pedido do autor é acolhido por um fundamento, bastante para a procedência, restando sem análise os demais argumentos. Supondo mantida a sentença pelo Tribunal ordinário, e desse acórdão sendo interposto recurso especial, provido para rejeitar o fundamento que ensejou o acolhimento, como deveria comportar-se o STJ caso o fundamento diverso da pretensão — não analisado e que, por isso, não foi objeto de recurso — possua natureza constitucional?

Aqui ganha importância o “aplicar o direito à espécie”. No entendimento do Ministro Eduardo Ribeiro, não podendo o STJ funcionar como Corte de cassação, a fim de afastar o fundamento acolhido para recambiar os autos às instâncias ordinárias, poderia, no exame dos demais fundamentos, exercer, mesmo, controle difuso de constitucionalidade para, no mérito, manter a improcedência do pedido.

Em emblemático julgado da Corte Especial, porém, o STJ passou a limitar a possibilidade de exame constitucional no bojo do especial apenas à hipótese em que essa análise não beneficiar o recorrente, isto é, desde que sirva para manter a decisão recorrida.[333] O debate que se instaurou teve, basicamente, duas correntes, capitaneadas pelo relator, Ministro Franciulli Neto, e pelo Ministro Nilson Naves.

Depois de voto do Ministro relator, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade em caso que dizia respeito à taxa SELIC, votou o Ministro Naves no sentido de que o STJ exerceria, sim, controle difuso, mas somente nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 105 da Constituição. Quanto à competência recursal, o exercício somente seria possível se contrariamente ao interesse do recorrente:

> Particularmente, sempre me afigurou que o prévio exame da constitucionalidade não haverá de ir ao encontro do interesse da parte recorrente, não poderá ela se beneficiar com a declaração de existência de vício na lei, porque ao Tribunal, depois, não assistiriam meios para o exame do recurso especial - completar o julgamento do feito (Súmula 513/STF). (...) Vale dizer que, acolhido seja o incidente a favor do recorrente, impende ao Tribunal reformar o julgamento

---

[333] STJ, Corte Especial, Arguição de inconstitucionalidade no REsp 215.881, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 8.4.2002.

> local da causa, impondo-se-lhe sem dúvida o provimento do recurso especial, dado que se estaria diante de acórdão que aplicara lei inconstitucional. O provimento do recurso pressupõe, porém, o seu conhecimento, e se o especial não for conhecível? Ao que cuido, dificilmente - se não, jamais - o será, a não ser que se rompa com uma série de princípios, como o do prequestionamento, o da demanda, o das questões não suscitadas, o da não-aplicação do *iura novit curia* etc. Observe que, para Bittencourt, os tribunais não devem fugir à tese "sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa!". Em tal contexto, a declaração em benefício do recorrente não se apresentará útil ou conveniente, porquanto, não conhecível o especial (dificilmente, ele o será; a meu sentir, jamais), a declaração de inconstitucionalidade não terá utilidade ou conveniência para a decisão da causa. Nesse aspecto, acabará se cuidando de declaração em tese, própria do controle concentrado-abstrato, da competência exclusiva do Supremo Tribunal.

Em suma, valendo-se da súmula 513/STF[334], a construção feita no referido excerto é a de que, declarada incidentalmente a inconstitucionalidade pela Corte Especial — que tem sua competência limitada ao exame da argüição —, o especial deve ser remetido à Turma para julgamento do recurso especial. Acontece que, na hipótese em que a declaração de inconstitucionalidade diz respeito ao dispositivo de lei tido pelo recorrente como inaplicável e no qual fundou o recurso especial, o recurso ficaria esvaziado, porque afastado o parâmetro de controle, isto é, o recurso não poderia ser conhecido. Assim é que, no entender do Ministro Naves, seria paradoxal admitir que o recorrente suscitasse inconstitucionalidade que redundaria em não-conhecimento do seu recurso, ao fim e ao cabo carecendo de interesse recursal, porque ausente qualquer utilidade, equiparando-se o expediente, mais, a controle abstrato.

Em resposta, o Ministro Franciulli Neto — com quem se concorda — ressaltou que, no que diz respeito ao exame da inconstitucionalidade, precisamente por cuidar de matéria de ordem pública, o interesse das partes é elemento irrelevante, "pois ao questionar a constitucionalidade de uma norma, está o julgador examinando a sua validade, em comparação ao sistema constitucional vigente, de forma objetiva." Indo além:

---

[334] STF Súmula nº 513 - Interposição de Recurso Ordinário ou Extraordinário em Incidente de Inconstitucionalidade – Cabimento. A decisão que enseja a interposição de recurso ordinário ou extraordinário não é a do plenário, que resolve o incidente de inconstitucionalidade, mas a do órgão (câmaras, grupos ou turmas) que completa o julgamento do feito.

> Sobre o argumento de que a inconstitucionalidade somente poderá ser argüida e declarada quando for em benefício do recorrido, pelo exposto e de acordo com as determinações legais e constitucionais, não há como se fixar tal parâmetro, *data venia*, sob pena de se permitir a aplicação consciente de normas inválidas, desatendendo preceito de ordem pública e, se o caso, prejudicar direito do recorrente. Além disso, tal "condição de admissibilidade" teria a virtude de inverter o julgamento. Aprecia-se primeiro o mérito da argüição de inconstitucionalidade e, se considerada inconstitucional a norma discutida, indaga-se se irá beneficiar o recorrido. Logo, analisa-se antes a inconstitucionalidade e seus efeitos e, após, volta-se a pressuposto de admissibilidade, isto é, se deve ou não ser analisada a argüição, em manifesta desobediência ao artigo 97 da Constituição, pois é inviável tal exame por órgão fracionário de qualquer tribunal.

Prevaleceu, contudo, o voto do Ministro Nilson Naves, limitando a possibilidade de controle difuso pelo STJ em sede de recurso especial à hipótese em que o exame não beneficie o recorrente.

O debate ganhou novo capítulo recentemente por acórdão lapidar, proferido em 2013 pela Quarta Turma do STJ, relator o Ministro Luís Felipe Salomão. Em síntese, no referido aresto, o julgamento em sede de recurso especial sofreu verdadeiro redimensionamento, que se abriu para o contencioso constitucional, notadamente quando, atualmente, as balizas que separam distintos ramos do direito do direito constitucional se apresentam de cada vez mais difícil divisão, havendo o risco último de, diante de rígidas separações de competências, frustrar-se a própria prestação jurisdicional:

> Diversos precedentes há, nesta Corte Superior de Justiça, a afirmar que a celeuma instalada entre a alegação de dano moral e a liberdade de imprensa resolve-se pela via do recurso extraordinário, ora negando o especial interposto, ora exigindo a interposição de recurso extraordinário simultâneo, por força da Súmula n. 126/STJ.
> Não obstante, quando a controvérsia chega ao Supremo Tribunal Federal não se conhece do recurso extraordinário interposto, quase sempre por se entender que a celeuma instalou-se no âmbito infraconstitucional e a violação à Constituição Federal, se existente, seria reflexa. (...)
> Nesse passo, a partir dessa reflexão, penso que a jurisprudência do STJ deve ser atualizada e harmonizada, principalmente porque:
> a) com a Emenda Constitucional n. 45, o cenário tornou-se objetivamente diverso daquele que antes circunscrevia a interposição de recursos especial e extraordinário, pois, se anteriormente todos os fundamentos constitucionais que serviram ao acórdãos eram impugnáveis - e deviam ser, nos termos da Súmula n. 126/STJ - mediante recurso extraordinário, agora, somente as questões que,

> efetivamente, ostentarem repercussão geral (art. 102, § 3º, da Constituição Federal) é que podem ascender à Suprema Corte (art. 543-A, § 1º, do CPC);
> b) no atual momento de desenvolvimento do direito é inconcebível a análise encapsulada dos litígios, de forma estanque, como se os direitos civil, penal ou processual pudessem ser "encaixotados" de modo a não sofrer ingerências do direito constitucional. (...)
> Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, não me parece possível a esta Corte de Justiça analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior.
> Em síntese, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita (REsp 1.183.378/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO) (...)
> De fato, o que se veda é o conhecimento do recurso especial com base em alegação de ofensa a dispositivo constitucional, não sendo defeso ao STJ - aliás, é bastante aconselhável - que, admitido o recurso, aplique o direito à espécie, buscando na própria Constituição Federal o fundamento para acolher ou rejeitar a violação do direito infraconstitucional invocado ou para conferir à lei a interpretação que melhor se ajusta ao texto constitucional.[335]

Como se extrai do trecho acima, há ainda viva controvérsia a respeito do exame acerca de matéria constitucionalidade, controvérsia essa que, limitadora das competências recursais de cada Corte, frustra a própria entrega jurisdicional.

Embora o debate ainda não possua um final, o que aparentemente se verifica é que, no âmbito da doutrina e do STF, dúvida não parece haver sobre a possibilidade de o STJ, em sede de recurso especial, realizar controle difuso. No âmbito do STJ, contudo, há dissenso alimentado por arestos divergentes, ainda que os arestos mais recentes admitam, com ressalvas, o controle incidental em sede de recurso especial.

3. O IMPACTO TRAZIDO AO DEBATE PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Tramita atualmente no Senado Federal o projeto do novo Código de Processo Civil. O curso da proposição foi iniciado naquela Casa, autuada como Projeto de Lei

[335] STJ, Quarta Turma, REsp 1.334.097, rel. Min. Luís Felpe Salomão, DJ de 10.9.2013.

do Senado (PLS) n.º 166/2010, fruto dos trabalhos de Comissão de Juristas designada para elaboração do anteprojeto.

Remetida a proposição à Câmara dos Deputados, Casa revisora, lá tramitou como Projeto de Lei (PL) 8.046/2010, tendo seu texto-base — emenda substitutiva aglutinativa global — aprovado em 26 de novembro de 2013.[336]

Da redação final dada à proposição pela Câmara dos Deputados é possível extrair dois dispositivos com o condão de fomentar o debate proposto. O primeiro deles é o artigo 1.047, *caput* e parágrafo único, que assim dispõe:

> Art. 1.047. Admitido o recurso extraordinário ou especial, o Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça julgará a causa, aplicando o direito.
> Parágrafo único. Tendo sido admitido o recurso extraordinário ou especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos e de todas as questões de fato e de direito relevantes para a solução do capítulo impugnado.

Em leitura açodada, seria possível concluir que a norma se limita a positivar a súmula 465 do STF e o artigo 257 do RISTJ. Em verdade, contudo, o dispositivo vai além e traz ganho de qualidade para o ordenamento ao mais bem esclarecer que a aplicação do direito à espécie abarca “todas as questões de fato e de direito relevantes para a solução do capítulo impugnado”, fortalecendo o papel do STF e do STJ como Cortes de revisão.

Há, atualmente, divergência doutrinária sobre o alcance do “direito aplicável.” Didier, Barbosa Moreira, Nery Jr., Câmara, Athos Gusmão Carneiro e Bernardo Pimentel defendem ampla liberdade para os Tribunais; Scarpinella Bueno, Eduardo Yoshikawa e Gleydson Oliveira limitam o julgamento à competência constitucional das Cortes.[337]

Também a leitura conferida aos dispositivos é divergente no STJ e no STF: nesse, o “aplicar o direito à espécie” permite adoção de fundamentos outros que não adotados pela decisão recorrida, muito embora não inviabilize a remessa dos autos

---

[336] Câmara aprova emenda ao novo CPC e limita bloqueio de contas em ações cíveis. Disponível em http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/457989-CAMARA-CONCLUI-VOTACAO-DO-TEXTO-BASE-DO-NOVO-CPC-E-ADIA-POLEMICAS.html Acesso em 6.5.2014.

[337] Compilação, com citações, feita por ARAÚJO, Luciano Vianna. *A aplicação do direito à espécie pelas Cortes Superiores: uma opção legislativa do projeto do Novo CPC? In*: Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3. Salvador: JusPodium, 2014, p. 222-226.

à instância ordinária para que essa o faça[338]; já o STJ costuma ir além, reconhecendo efeito devolutivo amplo ao especial, inclusive para conhecimento de matéria de ordem pública não prequestionada, como a que demanda controle de constitucionalidade.[339]

Embora se reconheça, com certa dose de ceticismo, que a previsão no CPC projetado dificilmente porá termo à discussão, por certo que deixa mais bem evidenciada uma opção legislativa que milita em favor de um amplo efeito devolutivo conferido ao especial e ao extraordinário, o que abarca a análise da constitucionalidade, questão de ordem pública, pelo STJ, foco deste trabalho.

Tem-se ainda, por outro lado, inovação trazida pelo CPC projetado em seus artigos 1.045 e 1.046, na redação final da Câmara dos Deputados:

> Art. 1.045. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo
> de quinze dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional. Cumprida a diligência, remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.
>
> Art. 1.046. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação da lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

Trata-se, à evidência, de previsão de fungibilidade entre recurso especial e extraordinário, surgida como forma de se evitar exatamente a situação narrada pelo

---

[338] Por todos, recentíssimo acórdão proferido nos EDcl no AgRg no RE 346.736, Segunda Turma, rel. Min. Ayres Britto, DJ de 18.6.2013: "3. Esse "julgamento da causa" consiste na apreciação de outros fundamentos que, invocados nas instâncias ordinárias, não compuseram o objeto do recurso extraordinário, mas que, "conhecido" o recurso (vale dizer, acolhido o fundamento constitucional nele invocado pelo recorrente), passam a constituir matéria de apreciação inafastável, sob pena de não ficar completa a prestação jurisdicional. Nada impede que, em casos assim, o STF, ao invés de ele próprio desde logo "julgar a causa, aplicando o direito à espécie", opte por remeter esse julgamento ao juízo recorrido, como frequentemente o faz."

[339] Feita novamente a ressalva quanto aos precedentes da Corte Especial, já citados neste trabalho, que exigem o prequestionamento, arestos turmários, recentes, têm afastado a exigência, permitindo "aplicar o direito à espécie" inclusive para exercer controle de constitucionalidade: "1. Esta Corte não pode conhecer do recurso especial por violação de dispositivo da Constituição da República, mas nada a impede de interpretar norma constitucional que entenda aplicável ao caso para chegar à conclusão do julgado. Trata-se de aplicação
do direito à espécie, nos termos do art. 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça-RISTJ e da Súmula 456 do STF." Segunda Turma, AgRg no REsp 1.164.552, rel. Min. Castro Meira, DJ de 15.12.2009. No mesmo sentido: Segunda Turma, EDcl no nos EDcl no REsp 1.051.802, rel. Min Castro Meira, DJ de 23.6.2009.

Ministro Luís Felipe Salomão no REsp 1.334.097, quando o STJ se abstém de julgar o mérito recursal ao argumento de que não pode se imiscuir no contencioso constitucional, ao passo que o STF, ao deparar com o recurso extraordinário interposto concomitantemente, afirma haver mera "ofensa reflexa" à Constituição.

O dispositivo traz ainda outra vantagem: por conta do óbice inserto na súmula 126 do STJ, por vezes, a parte recorrente, vislumbrando matéria constitucional no acórdão recorrido — e, como salientado também pelo Ministro Luís Felipe Salomão, é cada vez mais difícil abandar os demais ramos do direito do direito constitucional —, a fim de se precaver contra o não-conhecimento do especial, interpõe especial e extraordinário, ainda que não haja, *in casu*, controvérsia constitucional pungente.

Com a nova norma, a parte limitará a sua irresignação ao recurso que efetivamente entende cabível. Analisado o mérito recursal, caso o STJ entenda haver, subjacente ao enfrentamento do recurso, matéria de competência do STF, fará a conversão do especial em extraordinário, abrindo prazo para aditamento quanto à repercussão geral e, em seguida, remetendo o apelo ao STF.

A indagação que surge é se a alteração fortalece ou enfraquece a possibilidade de controle difuso pelo STJ.

Segundo penso, a mudança não influencia a possibilidade de o STJ, ao julgar o especial, analisar, incidentalmente, matéria constitucional, desde que o exame, como dito, seja incidental. Isso porque, levada a norma ao extremo, toda questão infraconstitucional será, em alguma medida, constitucional, e, então, todo recurso especial seria convolado em extraordinário, o que não parece ser a intenção do legislador.

Por outro lado — e nisso a mudança seria positiva, sobretudo em razão de o entendimento não ser tranquilo no seio do STJ —, caso aquela Corte entenda que a questão, mais que incidental, se transmuda em principal, ao invés de não conhecer do recurso ao argumento de que a Corte não se imiscui no contencioso constitucional por faltar-lhe competência, poderá remeter a matéria ao STF, fortalecendo a prestação jurisdicional.

Assim, o objetivo é mitigar aparente conflito negativo de atribuições que possa vir a existir entre o STJ e o STF: um dos dois órgãos haverá, necessariamente, de dar uma resposta à pretensão do jurisdicionado.

Mais: a fungibilidade não deixa de fazer um caminho de volta à origem comum dos recursos especial e extraordinário, espécies do gênero recurso extraordinário *lato sensu*.

A crítica acessória que se faz, todavia, é quanto à ausência de previsão de que após o aditamento do recurso pelo recorrente, para inclusão da preliminar de repercussão geral, não seja oportunizado ao recorrido o aditamento de suas contrarrazões, o que, segundo penso, frustra o contraditório recursal, fato esse que ainda não parece ter sido percebido pela doutrina.

CONCLUSÕES

Condensando a argumentação formulada até aqui, concluo para afirmar que, em minha opinião, o recurso especial possui, sim, efeito translativo.

Digo, ainda, que em razão do referido efeito, é possível ao STJ, em sede de recurso especial, conhecer de matéria de ordem pública, mesmo não prequestionada, aí incluído exame incidental de inconstitucionalidade.

Penso assim porque não faria sentido, sistematicamente falando, somente não reconhecer a possibilidade de controle incidental ao STJ ou impor, àquela Corte, a aplicação de norma inconstitucional: o argumento de que a competência do STJ é prevista constitucionalmente falece quando se presta a chancelar violação à própria Constituição.

A despeito de alguma controvérsia ainda no âmbito do STJ, entendo que o Novo Código de Processo Civil fortalece o papel do Tribunal como Corte de revisão e mais bem explicita o que seja “aplicar o direito à espécie”, admitindo o enfrentamento de todas as questões “relevantes”, o que abarca eventual exame incidental de inconstitucionalidade.

Por fim, no que toca à fungibilidade, a despeito de aparentemente chancelar atecnias por se tratar, especial e extraordinário, de recursos de fundamentação vinculada, penso que, em razão de situações esdrúxulas em que o STJ se abstém de enfrentar matéria constitucional e o STF entende que ofensa seria eminentemente reflexa, a mudança vem como remédio que previne a frustração na entrega da jurisdição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2000;

ARAÚJO, Luciano Vianna. *A aplicação do direito à espécie pelas Cortes Superiores: uma opção legislativa do projeto do Novo CPC? In*: Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3. Salvador: JusPodium, 2014;

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014;

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil.* Vol. V, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978;

______________________________. *Direito aplicado: pareceres*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 255-256;

CRETELLA NETO, José. *Dicionário de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999;

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol I. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. Atuação de ofício em grau recursal. São Paulo: Saraiva, 2010;

MENDES, Gilmar Fereira *et. al. Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007;

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999;

NASCIMENTO, Carlos Valder do. (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003;

NERY JR., Nelson. *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos.* 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997;

NOLASCO, Rita Dias. *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. *In*: Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier. V. 10. São Paulo: RT, 2006;

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994;

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013;

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *O Superior Tribunal de Justiça na Constituição*. Inf. juríd. Bibl. Min. Oscar Saraiva, jul./dez., 1989;